



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

**CONTROLE JURISDICIONAL DOS PROCEDIMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO DE
PESSOAS**

Amanda Cristina Marques

Brasília – 2014

Amanda Cristina Marques

**CONTROLE JURISDICIONAL DOS PROCEDIMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO DE
PESSOAS**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Evandro Charles
Piza Duarte

Brasília - 2014

Folha de aprovação

**CONTROLE JURISDICIONAL DOS PROCEDIMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO DE
PESSOAS**

Amanda Cristina Marques
Matrícula 10/0076181

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Evandro Charles Piza
Duarte

Brasília, 02 de dezembro de 2014.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Evandro Charles Piza Duarte (UnB)
Orientador

Profª. Dra. Camila Mello Prando (UnB)

Prof. Mestrando Mateus do Prado Utzig (UnB)

À minha família, pois “sem amor, eu nada seria”.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, por todas as oportunidades, em especial pelo privilégio de estar viva e com saúde, para poder ir em busca de todos os meus sonhos.

Aos meus pais, exemplos diários de garra, dedicação e, acima de tudo, de ética. Obrigada por terem me ensinado a nunca desistir. Ao meu pai, por ser a minha fonte de paz e segurança. Obrigada pelo carinho incansável e reconfortante ao longo de cada momento da minha vida. À minha mãe, o meu espelho, a pessoa que me ensinou a ter orgulho de mim mesma. Obrigada por me transmitir força e coragem, fazendo com que eu me sinta capaz de qualquer coisa. A vocês, o meu amor incondicional.

Aos meus irmãos, simplesmente por existirem, e fazerem de mim um ser humano melhor todos os dias. À minha irmã, por ser a minha alma gêmea de muitas vidas, o meu oposto, e, ao mesmo tempo, a minha metade. Obrigada por ser minha cúmplice, aquela com quem eu me comunico por um simples olhar. Ao meu irmão, que chegou há nove anos para despertar em mim o amor mais puro e transformador. Obrigada por ter a capacidade de me fazer sentir a pessoa mais abençoada do mundo com um simples abraço. Meu riso é muito mais feliz desde que você chegou para colorir as nossas vidas.

À Mary, que não poderia ficar de fora deste agradecimento, pois ao longo dos últimos vinte anos estive sempre cuidando de nós com todo amor, zelo e lealdade. Não há meios de lhe agradecer por ter entrado em nossas vidas, e, principalmente, por ter escolhido nela permanecer.

À minha avó, exemplo de generosidade, abnegação, e fé. Obrigada por desde sempre nos ensinar o valor da família, e por não medir esforços para nos ver felizes.

Ao meu avô, que partiu há alguns meses, deixando um legado de superação, serenidade, alegria e honestidade. Um “obrigada” cheio de saudade por cada sorriso que arrancou de nós, e com a certeza absoluta de que um dia ainda iremos nos reencontrar.

À minha família, por sonhar junto comigo, e por estar ao meu lado para festejar cada conquista, mas também para me ajudar a levantar diante de cada tropeço. Hoje, mais do que nunca, estou certa de que nada disso seria possível sem vocês.

A todos os amigos queridos que Brasília me deu, pois “ninguém cruza nosso caminho por acaso e nós não entramos na vida de alguém sem nenhuma razão”.

Ao meu orientador, professor Evandro, que por meio de seu engajamento e crença em um Direito Penal garantista e mais justo, despertou em mim o ideal de busca por uma persecução criminal mais humanitária e menos discriminatória. Não há palavras que bastem

para lhe agradecer pelo tempo despendido com paciência e generosidade neste trabalho. A você, querido professor, toda gratidão, admiração e carinho, e o desejo sincero de muita sorte e ainda mais sucesso na vida.

RESUMO

Esta monografia aborda o reconhecimento de pessoas no âmbito da persecução criminal, bem como toda a problemática que o envolve, seja no contexto jurídico ou psicológico. Como toda prova de caráter testemunhal, a identificação de pessoas depende de algo muito falho e pouco preciso, que é a memória humana. A reconstrução de um fato ocorrido no passado está intrinsecamente relacionada a aspectos subjetivos por parte de seu espectador. Por isso, a necessidade de que seja realizado com muita cautela, e de acordo com as devidas formalidades, para que a prova obtida seja dotada de alguma credibilidade, e para que os direitos fundamentais do réu sejam minimamente garantidos no processo. Portanto, pretende-se demonstrar a imprescindibilidade do controle jurisdicional dos procedimentos de identificação, como forma de assegurar o respeito às normas que regem a produção deste tipo de evidência.

Palavras chave: Prova testemunhal. Reconhecimento de pessoas. Falibilidade da memória. Processo Penal. Controle jurisdicional. Direitos do Acusado.

ABSTRACT

This monograph deals with eyewitness identification under criminal prosecution, and with all problems that involves it, either in psychological and legal context. Like any other witness evidence, recognition depends on something very flawed and inaccurate, which is the human memory. The reconstruction of an event occurred in the past is intrinsically related to subjective aspects by your viewer. Therefore, the need for it to be carried out with caution, and in accordance with appropriate procedures, so that the evidence obtained is endowed with some credibility, and that the fundamental rights of the defendant are minimally guaranteed in the process. So, we intend to demonstrate the indispensability of the judicial control of the identification procedures, in order to ensure respect for the rules governing the production of such evidence.

Keywords: Witness testimony. Eyewitness identification. Memory fallibility. Criminal Procedure. Jurisdiction control. Rights of the defendant.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	IDENTIFICAÇÃO DE PESSOAS NO DIREITO NORTE-AMERICANO	15
2.1	PROCEDIMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO	15
2.1.1	Como e onde são usados.....	16
2.1.2	Debates no âmbito da Psicologia.....	17
2.1.2.1	Fatores que influenciam na precisão da identificação.....	23
2.1.3	Debates no âmbito legislativo	24
2.2	DIREITOS DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL NA SUPREMA CORTE...	27
2.2.1	Fundamentos constitucionais	27
2.2.2	Entendimento da Suprema Corte sobre procedimentos de identificação.....	27
2.2.2.1	United States vs. Wade.....	28
2.2.2.2	Kirby vs. Illinois.....	32
2.2.2.3	Manson vs. Brathwaite	34
2.2.3	As fases da persecução penal nos Estados Unidos.....	36
2.2.4	Polêmicas envolvendo os três casos.....	38
2.2.5	Aviso de Miranda	40
2.3	A IDEIA DE “PROCEDIMENTOS CRÍTICOS” E A NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DA PROVA	41
3	O RECONHECIMENTO DE PESSOAS SOB A ÓTICA DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS.....	44
3.1	A VISÃO DA DOUTRINA ACERCA DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	44
3.1.1	Reconhecimento pessoal no CPP.....	44
3.1.2	Reconhecimento fotográfico	49
3.2	PROPOSTAS PARA APRIMORAR/RACIONALIZAR O PROCEDIMENTO	51
3.3	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TEMA.....	54
4	CONCLUSÃO.	58
	REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

Um dos princípios fundamentais do processo de conhecimento, senão a sua principal função, é a busca da verdade substancial (MARINONI e ARENHART, 2004, p. 298). Segundo Mittermayer, a verdade seria a conformidade entre um fato ocorrido na realidade perceptível e a noção que temos dele (MITTERMAYER, 1879, p. 78, apud MARINONI e ARENHART, 2004, p. 298).

A função do real é essencial no processo, daí porque a investigação dos fatos ocupa, dentro do processo de conhecimento, quase a totalidade das regras que disciplinam o assunto nos códigos brasileiros (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 297).

Para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado, é necessário que se busque a veracidade dos fatos. No entanto, a verdade não deve constituir um fim em si mesma no contexto de um processo (TARUFFO; MICHELI, 1979 apud MARINONI; ARENHART, 2004, p. 300).

Com isso, o ideal de verdade acaba por representar uma forma de controle da atividade jurisdicional, uma vez que ele a legitima, ao mesmo tempo em que serve de válvula regulatória dessa atividade. Isso porque a atuação do magistrado apenas terá legitimidade se respeitar os parâmetros fixados pela verdade reconstituída por ele no processo (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 300).

Até pouco tempo, esse ideal era perseguido a todo custo. Os direitos do acusado, diante da persecução penal, eram incipientes, pois valia de tudo para que se alcançasse a verdade – até mesmo a tortura.

A persecução penal na busca pela pretensão punitiva recebia pequena atenção, uma vez que “os fins justificavam os meios”. Para a sociedade e também para os juristas, a finalidade do Direito Penal era unicamente garantir a segurança pública, por meio da punição do suposto criminoso.

Essa busca desenfreada teve resultados catastróficos e foi a base do sistema processual denominado inquisitório. Segundo Avolio, “[...] a prova penal, assim, é uma reconstrução histórica, devendo o juiz pesquisar além da convergência das partes sobre os fatos, a fim de conhecer a realidade e a verdade dos fatos [...]” (1995, p. 34, apud CARVALHO, 2013).

O modelo processual inquisitivo assenta-se na busca da verdade máxima, que é perseguida sem nenhum limite normativo aos meios de produção das provas (FERRAJOLI, 2002, p. 434). Nele, como os critérios para se atingir a verdade são discricionários, e não

vinculados, o papel da defesa resulta irrelevante e é considerado um obstáculo ao bom andamento do processo. Assim, o objeto do processo não é o fato-crime, e sim a personalidade criminosa do réu. A consequência da adoção de modelos como o inquisitório é que o processo passa a ser constituído por juízos de valor (FERRAJOLI, 2002, p. 435).

Esse sistema, além de compelir pessoas a confessarem delitos não cometidos, chegava ao extremo de levar pessoas a assumirem crimes impossíveis de serem praticados. Como lembra Aury Lopes Jr.:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o ‘interesse público’ (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma ‘verdade’ a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor). (2014, p. 409).

Assim, a história do processo penal nos mostra a imprescindibilidade de se estabelecerem parâmetros para a construção do convencimento, pois, como salienta Aury Lopes Jr.:

[...] está demonstrado empiricamente que o processo penal, sempre que buscou uma ‘verdade mais material e consistente’ e com menos limites na atividade de busca, produziu uma ‘verdade’ de menor qualidade e com pior trato para o imputado. (2014, p. 409).

A essência da verdade, segundo Marinoni e Arenhart, é intangível (2004, p. 299), de forma que sua procura descontrolada acaba por distorcer o processo, na medida em que o juiz busca formar sua convicção antes mesmo de buscar as provas necessárias para fundamentar a acusação.

A reconstituição de um fato ocorrido no passado acaba sofrendo influência de aspectos subjetivos dos seus espectadores e, também, do magistrado que irá valorar a prova concreta. Ao perceber uma informação, seja direta ou indiretamente, a pessoa altera seu real conteúdo, absorve-o à sua maneira ou acrescenta-lhe algo que distorce sua realidade (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 303).

Dessa forma, as regras sobre prova, além de regularem os meios utilizados pelo magistrado para encontrar a verdade, estabelecem limites à atividade probatória, determinando a inadmissibilidade de certos meios de prova, protegendo outros interesses ou condicionando a validade do meio probatório à observação de algumas formalidades (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 303).

Com o advento do sistema processual acusatório, que retira das mãos do juiz a atividade de acusar, transferindo-a para um órgão independente e autônomo, criaram-se mecanismos para limitar e regulamentar a persecução criminal.

A partir do modelo acusatório, a verdade deve ser um meio e não um fim do processo. Não se deve, com o processo, buscar a verdade, mas se valer dela para atingir a justiça (BARROS, 2002, pp. 21 e 22, apud CARVALHO, 2013).

Dentro desse sistema processual, os abusos e arbitrariedades, que antes se justificavam na ilusória perseguição da verdade “absoluta”, não são mais tolerados. Com essa mudança, os direitos fundamentais do imputado ganham força dentro do processo criminal, ainda que muitas vezes apenas em teoria.

Eugênio Pacceli de Oliveira, ao discorrer sobre a necessidade de se interpretar o nosso Código de Processo Penal, de 1940, sob a ótica da Constituição Federal de 1988, a qual adota princípios inerentes ao modelo acusatório, explica que:

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais.... A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. (2011)

O debate sobre a constitucionalização, em 1988, de um modelo acusatório e garantista reacende a valorização do procedimento como garantia contra a arbitrariedade, demonstrando que, entre garantias penais e garantias processuais, existem nexos tanto estruturais como funcionais. Luigi Ferrajoli resume a sistemática processual da seguinte maneira:

O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúlice função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes.²⁶⁴ É essa segunda preocupação que está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas expressas pela primeira. A história do processo penal pode ser lida como a história do conflito entre essas duas finalidades, logicamente complementares, mas na prática contrastantes. Podemos, na verdade, caracterizar o modelo inquisitório e o modelo acusatório com base no apoio que um dá ao outro e vice-versa. Obviamente, nem o processo inquisitório ignora o problema da tutela do inocente, nem tampouco o acusatório descuida do escopo da repressão dos culpados. Os dois métodos se distinguem, antes, com base em duas concessões diversas: uma, do Poder Judiciário; e outra, da verdade. Enquanto o método inquisitório exprime uma confiança tendencialmente ilimitada na bondade do poder e na sua capacidade de alcançar o verdadeiro, o método acusatório se caracteriza por uma confiança do mesmo modo ilimitada do poder como autônoma fonte de verdade. Disso deriva que o primeiro confia não só a verdade, mas, também, a tutela do inocente às presumidas virtudes do poder julgador; enquanto o segundo concebe a verdade como o resultado de uma controvérsia entre partes contrapostas por serem portadoras respectivamente

do interesse na punição dos culpados e do interesse na tutela do acusado presumido inocente até prova em contrário. (2002, p. 483).

Tendo em vista que a finalidade do processo penal se baseia na reconstrução de um fato histórico, “[...] a gestão da prova é erigida a espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema [...]” (LOPES JR., 2014, p. 392).

Com o estabelecimento de limites à produção de provas, a confissão – que no sistema inquisitório é extorquida a qualquer meio – perde valor, pois não mais se permite que o acusado seja forçado a admitir o crime. Sabendo-se que a certeza absoluta é impossível de ser alcançada, almeja-se apenas um nível de probabilidade capaz de sustentar uma condenação.

Dessa forma, outras espécies de prova ganham relevância, dentre elas as provas testemunhais, as quais, em virtude das restrições técnicas que a polícia judiciária brasileira tem, acabam por ser o principal meio de prova na nossa prática processual (LOPES JR., 2014, p. 473).

Uma pesquisa empírica sobre o inquérito policial no Brasil, organizada por Michel Misse, mostra, entre outras coisas, a relevância de provas testemunhais no sistema processual pátrio, no qual este tipo de evidência é privilegiado inclusive em detrimento às provas técnicas e materiais e onde a Polícia Judiciária se mostra totalmente dependente do depoimento de testemunhas para apurar os fatos (2010, p. 120).

Segundo ele, a falta de provas testemunhais é um dos maiores entraves à resolução dos casos (2010, p. 67). No caso dos crimes de roubo, por exemplo, Misse afirma que a maior parte deles não é submetida a inquérito, pois os delegados somente optam por instaurar inquérito quando há meios de identificar o autor, seja quando a vítima é capaz de fazer o seu reconhecimento, quando há câmeras de vigilância ou muitas testemunhas (2010, p. 86). Ainda de acordo com ele, existem casos em que os promotores optam pela denúncia, quando apenas uma testemunha reconhece o suspeito (2010, p. 70). Essa ênfase depositada nos depoimentos testemunhais denota, conforme Misse, que o procedimento do inquérito limita-se a uma prática quase estritamente cartorial, a qual confere pouco ou nenhuma importância à investigação (2010, p. 120).

Esses dados são muito preocupantes, pois, apesar de serem a espécie de prova que mais embasa sentenças absolutórias e condenatórias, as provas testemunhais são muito frágeis e pouquíssimo precisas. Conforme Aury Lopes Jr., a prova testemunhal é o meio de prova “[...] jamais perigoso, manipulável e pouco confiável.” (2014, p. 487).

Um dos principais tipos de prova testemunhal é o realizado por meio de reconhecimento, que, segundo Mirabete:

[...] é o ato pelo qual alguém verifica e confirma a identidade de pessoa ou coisa que lhe é mostrada, com pessoa ou coisa que já viu, que conhece, em ato processual praticado diante da autoridade policial ou judiciária, de acordo com a forma especial prevista em lei. (1999, p. 307).

Em que pese ser bastante utilizado na prática processual, e muitas vezes ser o único fundamento que sustenta uma condenação, o reconhecimento de pessoas, por consistir em espécie de prova testemunhal, tem (ou deveria ter) pouca credibilidade, já que depende de algo muito complexo e pouco preciso, que é a memória humana.

Apesar de não se poder estimar de forma precisa a frequência com que ocorrem procedimentos de identificação falhos, vários estudos demonstram que eles são a principal causa de condenação de inocentes (WELLS; SEELAU, 1995, p. 765). Isso ocorre porque a recuperação de informações da memória está relacionada a um processo cognitivo complexo, suscetível a erros, que acaba por prejudicar a qualidade da prova testemunhal, comprometendo o sucesso nas investigações criminais (STEIN, 2010).

A presente monografia objetiva uma análise jurisdicional dos procedimentos de identificação de pessoas, por meio de uma comparação entre o instituto no direito brasileiro e no direito norte-americano, considerando-se, para tanto, os problemas colocados pela falibilidade da memória humana ao reconhecimento de agentes de delitos por vítimas e testemunhas.

Pretende-se, com isso, demonstrar a necessidade de um maior controle jurisdicional sobre a produção de provas testemunhais oriundas de identificação de pessoas, especialmente, em casos onde essas provas sequer deveriam ser aceitas no processo, por consistirem em provas obtidas sem a devida formalidade ou por serem totalmente desnecessárias diante de elementos probatórios mais consistentes, de caráter material e técnico. Busca-se, com isso, demonstrar a imprescindibilidade do controle jurisdicional para garantir os direitos fundamentais do acusado, diante de um procedimento tão problemático e falho, que tem ocasionado, ao longo dos anos, a condenação de muitos inocentes.

Nesse contexto, pretende-se também revelar a importância do desenvolvimento de mecanismos, como técnicas de entrevista, que permitam um aprimoramento na coleta de evidências testemunhais.

Assim, no primeiro capítulo, será abordado o controle jurisdicional dos procedimentos de identificação no direito norte-americano, apresentando-se, para isso, os debates enfrentados pela Suprema Corte em alguns casos paradigmáticos, bem como os direitos assegurados ao acusado no processo penal daquele país. Neste mesmo capítulo, serão trazidos alguns estudos psicológicos a respeito da falibilidade da memória humana, e de como

ela incide sobre o reconhecimento de pessoas. Além disso, serão também analisados elementos do debate legislativo sobre o tema.

Já no terceiro capítulo, será feita uma análise dos procedimentos de identificação no direito brasileiro, por meio de uma síntese do entendimento da doutrina sobre o assunto e de uma avaliação acerca de jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que tratam desse tipo de prova testemunhal. Objetiva-se, com isso, entender o tratamento dispensando pelos tribunais superiores nacionais aos casos em que os procedimentos de identificação de pessoas tenham sido realizados de maneira informal, sem a observância das regras processuais que disciplinam o tema.

2 IDENTIFICAÇÃO DE PESSOAS NO DIREITO NORTE-AMERICANO

No Processo Penal, uma das provas a que se confere maior valor é a oriunda de uma identificação por testemunha ocular (CUTLER; PENROD, 1995, p. 6). Muitas condenações, por ausência de outras evidências, se baseiam exclusivamente no reconhecimento feito por uma testemunha.

No entanto, tendo em vista as limitações da memória humana, questiona-se o quão confiáveis são essas provas e que meios poderiam ser utilizados para reduzir os riscos de reconhecimentos falhos e consequentes condenações indevidas.

A Suprema Corte norte-americana analisou essa questão em alguns casos paradigmáticos, que serão analisados no decorrer do trabalho, quais sejam *United States vs. Wade* (1967), *Kirby vs. Illinois* (1972) e *Manson vs. Brathwaite* (1977). Nessas ocasiões, discutiram-se, basicamente, os direitos do suspeito diante de um procedimento de identificação.

Por se tratar de um procedimento com alto grau de falibilidade – já que depende da precisão da memória humana –, ele deve ser submetido a um controle eficaz, para que possa produzir provas válidas e, portanto, dotadas de alguma credibilidade. Assim, tal procedimento não pode ser realizado de maneira discricionária e informal. Para que as garantias do imputado sejam minimamente asseguradas dentro do processo, as regras para a execução do reconhecimento de pessoas devem estar previamente estabelecidas. Ou seja, deve haver uma forma específica para a realização dos procedimentos de identificação e essa formalidade deve ser obedecida como um meio de garantir ao réu o seu direito constitucional a um devido processo legal.

Dessa forma, questiona-se, nos casos acima mencionados, a necessidade de defesa técnica no momento da realização do procedimento de identificação, para evitar possíveis falhas e, uma vez que se considere necessária a presença do advogado, discute-se se seria o caso de excluir dos autos as provas oriundas de procedimentos de identificação em que o advogado esteve ausente, já que estas seriam provas ilícitas.

2.1 PROCEDIMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO

Busca-se, incessantemente, no Processo Penal, a construção do convencimento. A grande preocupação dos operadores do direito penal funda-se em reconstruir com exatidão toda a cena do crime, na tentativa de se combater a impunidade, respondendo, assim, aos anseios da sociedade pela eficiência na pretensão punitiva do Estado.

Para tanto, faz-se necessária a coleta de provas, por diversos meios, capazes de conduzir a um determinado suspeito, fundamentando sua condenação.

Com isso, o testemunho de alguém que presenciou a cena do crime acaba adquirindo tamanha importância, tanto para a defesa quanto para a acusação. Dado o valor conferido a esta espécie de prova, uma identificação de um suposto criminoso por uma testemunha ocular pode, por si só, acabar por condenar alguém, retirando dele seu direito fundamental à liberdade.

2.1.1 Como e onde são usados

No processo criminal, por vezes, faz-se necessário o reconhecimento da pessoa do suposto criminoso, com o fito de apurar a autoria, isto é, de identificá-lo como o sujeito que fora visto cometendo o crime ou, antes ou depois do fato, em circunstâncias que demonstrem ter ele sido o autor do delito (MIRABETE, 1999, p. 279).

Ademais, é possível, também, que haja necessidade de identificar o ofendido, que eventualmente possa ter interesse em negar a ocorrência do fato, e a testemunha, para averiguar se ela realmente presenciou o crime (MIRABETE, 1999, p. 279).

Com o fim de se obter a prova testemunhal do reconhecimento, existem, no direito norte-americano, basicamente, três tipos de procedimento de identificação. O primeiro deles é denominado “lineup”, conhecido, no Brasil, como reconhecimento em roda. Nele, um grupo de seis ou mais pessoas é mostrado para a testemunha, para que ela identifique, entre as pessoas presentes, o suspeito. Para que o resultado desse processo seja minimamente confiável, as pessoas selecionadas para participarem do reconhecimento em roda não podem ter características físicas muito destoantes. Isso significa, por exemplo, que devem ter altura semelhante, cor dos olhos e dos cabelos não muito diferentes e devem estar vestidas de forma similar (GARDNER; ANDERSON, 2013, p. 338).

Vale destacar que, historicamente, os procedimentos adotados pelos organismos de aplicação de leis estatais e locais no âmbito dos reconhecimentos em roda variaram muito de estado para estado nos Estados Unidos (GARDNER; ANDERSON, 2013, p. 337).

Outra espécie de procedimento de identificação, menos comum, por ser mais sugestiva, é o chamado “*showup*”, onde a testemunha é colocada de frente para um único suspeito, devendo dizer se é o criminoso ou não. Tendo em vista seu alto grau de sugestividade, os tribunais norte-americanos geralmente determinam que esse tipo de procedimento não seja utilizado, a menos que as circunstâncias o tornem necessário (GARDNER; ANDERSON, 2013, p. 331).

Há ainda a identificação feita por fotografia, onde a foto do suspeito é colocada junto de pelo menos mais oito fotografias com a mesma descrição geral. No momento do julgamento, todas as fotografias mostradas à testemunha devem ser apresentadas ao juiz, para que se possa garantir a confiabilidade da prova. No caso de haver mais de uma testemunha, cada uma delas deve visualizar as fotografias de maneira independente e separada (GARDNER; ANDERSON, 2013, p. 338 e 339).

No Processo Penal norte-americano, o reconhecimento de pessoas, além de poder ser realizado na fase investigatória (“*investigative stage*”) e pré-processual, também, é efetuado na fase de julgamento (*trial*). Nela, a testemunha é colocada novamente diante do suspeito, anteriormente identificado como suposto responsável pelo crime, para confirmar, diante da Corte, se seria, realmente, o agressor. Ou seja, a identificação realizada no momento do julgamento nada mais é do que uma ratificação do reconhecimento já realizado.

2.1.2 Debates no âmbito da Psicologia

A história do sistema penal associou as noções de justiça e verdade. A modernidade, por sua vez, vinculou as noções de verdade e ciência. Dessa forma, o saber “psicológico” ganhou importância na justiça penal, como uma idéia de verdade. Nesse contexto, a perseguição da verdade e a sua certeza culminam na incorporação do saber psicológico ao sistema penal (DAUFEMBACK, 2014, p. 71).

Assim, em decorrência da larga utilização, no Processo Penal, de um meio de prova tão problemático e falho, como as evidências testemunhais, “[...] o reconhecimento pessoal tem que ser problematizado à luz dos recentes estudos de psicologia social, especialmente em relação a memória e sua deturpação.” (LOPES JR., 2014).

Em 1932, o professor de Direito Edwin Borchard publicou um livro chamado “*Convicting the Innocent*” (Condenando o Inocente), uma coleção com 65 histórias de cidadãos inocentes que foram injustamente condenados nos Estados Unidos e na Inglaterra. A primeira história contada no livro é intitulada “Dezessete testemunhas o identificaram” e conta o caso de Herbert Andrews, um caixa em uma grande loja de Boston, acusado de passar cheques sem fundo. Como o próprio título sugere, dezessete testemunhas, entre homens e mulheres, identificaram Andrews como responsável pelo delito e a ele restou apenas negar a autoria e dizer que jamais havia visto qualquer daquelas testemunhas. Mas, obviamente, isso não bastou. Andrews, casado e pai de um bebê, foi condenado a 14 meses de prisão. Mais tarde, conforme as investigações sobre cheques sem fundo continuaram, Earle Barnes

confessou a autoria do crime e Andrews foi liberado. A história de Andrews é apenas uma das sessenta e cinco relatadas no livro (LEACH; CUTLER; WALLENDÆL, 2009, p. 158).

Em face desse enorme poder concentrado nas evidências testemunhais, a partir da década de 1970, muitas pesquisas psicológicas foram feitas, objetivando entender o funcionamento e as limitações da memória humana (WELLS; OLSON, 2002, p. 277-278). Buscou-se, com isso, precisar o grau de confiabilidade de uma identificação feita por testemunha ocular, o limite das recordações do ser humano, bem como tudo o que pode afetar sua apreensão da realidade.

Usando várias metodologias, como eventos filmados e reconstituições de cenas de crimes, pesquisadores de testemunhas notaram que as taxas de erros de identificação podem ser surpreendentemente altas e que testemunhas normalmente expressam certeza, quando elas erradamente selecionam alguém em uma roda de reconhecimento. (tradução livre)¹ (WELLS; OLSON, 2002, p. 278).

Amy-May Leach, Brian L. Cutler e Lori Van Wallendael afirmam que, apesar de o Sistema de Justiça Criminal estar muito voltado para controlar o crime e garantir a segurança pública, o problema pouco conhecido de condenação de inocentes possui uma longa história e está cada vez mais preocupante (2009, p. 158).

De acordo com o *Innocence Project*, “[...] erro de identificação é a maior causa de condenação errada no país, desempenhando um papel em mais de 75% das condenações anuladas pelo teste de DNA [...]” (tradução livre)² (LEACH; CUTLER; WALLENDÆL, 2009, p. 158).

Um interessante dado proveniente dessas pesquisas diz respeito ao aumento considerável do número de anulações de sentenças condenatórias após o advento do exame de DNA:

Um recente estudo sobre anulação de sentenças mostra que desde o advento do teste de DNA, o índice de anulações neste país cresceu de uma média de 12 por ano, de 1989-1994, para 44, no ano de 2003. Dado o excessivamente pequeno número de casos em que anulações por teste de DNA são possíveis, está claro que o número de erros de condenação verificáveis é diminuto em relação ao número que realmente ocorrem nos Estados Unidos cada ano. (tradução livre)³ (LOFTUS; O'TOOLE; EASTERLY, 2004, p. 1).

¹ “Using various methodologies, such as filmed events and lived staged crimes, eyewitness researchers have noted that mistaken identification rates can be surprisingly high and that eyewitnesses often express certainty when they mistakenly select someone from a lineup”.

² “[...] mistaken identification is the ‘single greatest cause of wrongful convictions nationwide, playing a role in more than 75% of convictions overturned through DNA testing [...]’.

³ “One recent exoneration study shows that since the advent of DNA testing, the rate of exonerations in this country has risen from an average of 12 per year from 1989-1994 to 44 in the year 2003. And given the exceedingly small number of cases in which DNA exonerations are even possible, it is clear that the number of verifiably mistaken convictions are dwarfed by the number that actually occur in the United States each year.”.

Considerando que poucos casos podem ser resolvidos mediante exame de DNA, pode-se concluir que há um percentual obscuro de condenações prejudicadas por reconhecimento mal feito. Isso significa que uma quantidade imensurável de pessoas acaba se tornando vítima de identificações falhas e sendo condenada por crimes que não cometeu.

Pesquisadores concluíram que identificações feitas por testemunha são a principal causa de condenações de inocentes (LEACH; CUTLER; WALLEANDAEL, 2009, p. 158). Os números são alarmantes. De acordo com a pesquisa sobre sentenças condenatórias anuladas, acima mencionada, dos trezentos e vinte e oito casos onde se constatou a ocorrência de condenações errôneas, em duzentos e nove deles, pelo menos uma testemunha ocular identificou o acusado como responsável pelo delito (LOFTUS; O'TOOLE; EASTERLY, 2004, p. 2).

Thomas J. Gardner e Terry M. Anderson afirmam:

Na década de 1960, a Associação Internacional de Chefes de Polícia reconheceu que “identificação de testemunha é considerada a forma menos confiável de evidência e causa mais erros de justiça que qualquer outro método de prova”. Em um artigo de 2008 que revisou estudos sobre a confiabilidade de testemunhas, o autor concluiu que mais de 40 por cento das condenações erradas foram resultado de identificações equivocadas [...] (tradução livre)⁴ (2013, p. 325).

Os resultados dessas pesquisas são críticos para o sistema de justiça criminal. De acordo com a ONG norte-americana “*The Innocence Project*”, em torno de 75.000 pessoas por ano se tornam réus em processos criminais por conta de identificação de testemunha (LOFTUS; O'TOOLE; EASTERLY, 2004, p. 1).

Fica claro, portanto, que esta espécie de prova é muito pouco concreta e precisa, podendo causar sérios danos ao sistema criminal.

Em face disso, em 2004, advogados do Serviço Público de Defesa (*Public Defender Service*) de Colúmbia decidiram investigar se os jurados, de fato, conseguem compreender o que torna algumas identificações por testemunha menos confiáveis do que outras. O estudo demonstra que as afirmações judiciais em relação às habilidades dos jurados para avaliar identificações por testemunhas são comprovadamente erradas. Ao contrário do que se imagina, os jurados geralmente não compreendem o funcionamento da memória humana e

⁴ “In the 1960’s, the International Association of Chiefs of Police recognized that eyewitness “identification and description is regarded as a most unreliable form of evidence and causes more miscarriages of justice than any other method of proof.” In a 2008 article that reviewed studies of the reliability of eyewitness testimony, the author concluded that more than 40 percent of wrongful convictions were the result of mistaken identifications [...]”.

desconhecem como fatores particulares, como efeitos do estresse e do uso de arma de fogo, afetam a precisão do testemunho de alguém que presenciou o crime (LOFTUS; O'TOOLE; EASTERLY, 2004, p. 3).

Especialistas afirmam que o processo da memória capta e registra com exatidão um percentual muito pequeno de informação, se comparado ao vasto teor de informação contido em uma cena (LOFTUS; O'TOOLE; EASTERLY, 2004, p. 5).

Como o ato de relembrar é reconstrutivo, a memória humana pode mudar de maneira dramática e inesperada com o passar do tempo e com a ocorrência de eventos subsequentes, como conversas com outras testemunhas ou notícias publicadas pela mídia (LOFTUS; O'TOOLE; EASTERLY, 2004, p. 5).

Nessa linha, uma importante construção da Psicologia é a ideia de mecanismos de defesa, segundo a qual:

A percepção de um acontecimento, do mundo externo ou do mundo interno, pode ser algo muito constrangedor, doloroso, desorganizador. Para evitar este desprazer, a pessoa “deforma” ou suprime a realidade — deixa de registrar percepções externas, afasta determinados conteúdos psíquicos, interfere no pensamento (BOCK; FURTADO; TEIXEIRA, 2001, p. 101, apud, DAUFEMBACK, 2014, p. 83).

Esses mecanismos utilizados pelas pessoas de maneira inconsciente são os denominados mecanismos de defesa (DAUFEMBACK, 2014, p. 83).

Nesse contexto, uma questão de extrema importância diz respeito à produção de falsas memórias em virtude de eventos traumáticos. Aury Lopes Jr. explica que:

[...] as falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, onde a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. (LOPES JR., 2014, p. 487).

Lilian M. Stein, narra em seu livro “Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas” que:

Uma jovem americana perde sua mãe afogada na piscina de casa aos 14 anos. Passados 30 anos, um tio comenta em uma reunião de família que a jovem foi a primeira a encontrar a mãe boiando na piscina. A partir deste momento, ela passa a lembrar vividamente a impactante cena que teria presenciado. Alguns dias depois, ela recebe um telefonema do irmão, desculpando-se pelo tio, informando que ele havia se confundido e que na realidade quem encontrou a mãe na piscina fora sua tia (2010, p. 21).

A jovem em questão é Elizabeth Loftus, renomada pesquisadora na área de falsas memórias, citada diversas vezes no presente trabalho, cujo método de pesquisa revelou a possibilidade de implantação de falsas memórias. Seus estudos demonstram que:

Uma informação enganosa tem o potencial de criar uma memória falsa, afetando nossa recordação, e isso pode ocorrer até mesmo quando somos interrogados sugestivamente ou quando lemos e assistimos a diversas notícias sobre um fato ou evento de que tenhamos participado ou experimentado (LOPES JR., 2014, p. 488).

No Brasil, há o caso da Escola Base em São Paulo, que, além de indicar o despreparo da nossa polícia judiciária, reforçou a discussão sobre o papel da mídia, sua postura antiética e irresponsável, e a comercialização da violência e do terror (LOPES JR., 2014).

Nesse paradigmático caso de 1994, duas mães denunciaram a participação de seus filhos em orgias sexuais realizadas pelos donos da Escola de Educação Infantil Base. Uma das mães contou que seu filho de quatro anos teria comentado que havia tirado fotos em uma cama redonda e que uma mulher teria deitado sobre ele, nua, e lhe beijado (LOPES JR., 2014).

Após um laudo não conclusivo a respeito do abuso sexual que a criança teria sofrido, um mandado de busca e apreensão foi expedido e cumprido pela polícia, com irresponsável publicidade (LOPES JR., 2014).

Com isso, a notícia se alastrou pelo país, por meio de manchetes sensacionalistas, e encontrou terreno fértil para se propagar, já que a cultura do medo, no Brasil, é alimentada diariamente (LOPES JR., 2014).

Notícias como *“Kombi era motel na escolinha do sexo”*, *“Perua escolar levava crianças para orgia no maternal do sexo”*, e *“Exame procura Aids nos alunos da escolinha do sexo”* eram publicadas nos jornais (LOPES JR., 2014).

Por fim, após o delegado que cuidava do caso ter sido afastado, o inquérito foi arquivado, porque nada foi demonstrado. Até hoje tramitam nos tribunais superiores ações de indenização contra o estado de São Paulo, jornais e emissoras de televisão (LOPES JR., 2014).

Evidenciou-se, com isso, a implantação de falsas memórias em duas crianças e a manipulação de depoimentos, já que restou demonstrado que tudo não havia passado de problemas intestinais (LOPES JR., 2014).

Além desse, Lilian Stein cita diversos outros casos que revelam a produção de falsas memórias. Segundo ela, a forma como recordamos os fatos podem, também, ser influenciadas por outras pessoas, suas interpretações e percepções. Essas seriam as falsas memórias sugeridas (2010, p. 26).

O efeito da sugestionabilidade na memória seria a aceitação e incorporação, na memória, de uma informação falsa, posterior ao acontecimento original (GUDJONSON, 1986 apud STEIN, 2010, p. 26).

Aqui, percebe-se a importância do estudo das falsas memórias no contexto do reconhecimento de pessoas, pois elas ocorrem, em grande parte, quando somos interrogados sugestivamente ou quando lemos ou assistimos notícias sobre fatos que tenhamos presenciado (LOPES JR., 2014, p. 297).

Com isso, conclui-se que o ser humano é capaz de recordar, de maneira espontânea ou sugerida, eventos que jamais ocorreram, o que nos revela a dificuldade de se conhecerem os limites entre o falso e o verdadeiro (STEIN, 2010, p. 37).

Assim, identificar se um testemunho é confiável ou não pode ser uma tarefa muito mais árdua do que se pode imaginar, pois a percepção de um evento é repleta de subjetividade, na medida em que ela é uma construção que varia de sujeito para sujeito.

A credibilidade de um testemunho depende de algumas variáveis, como a testemunha ter percebido o acontecimento com precisão e que sua memória não tenha se degradado ao longo do tempo ou sido poluída por informações e questionamentos posteriores ao evento (LOFTUS; O'TOOLE; EASTERLY, 2004, p. 5).

Destarte, para que se possa detectar se os relatos das testemunhas são precisos, há que se compreender a complexidade, a seletividade e a maleabilidade da memória. Ademais, fundamental, também, que se entenda quais fatores específicos afetam a percepção e a codificação de recordações e que fatores podem distorcer a memória da testemunha durante o processo de reconstrução de um evento, culminando na produção das falsas memórias (LOFTUS; O'TOOLE; EASTERLY, 2004, p. 5).

No entanto, nota-se que, na prática jurisdicional, os magistrados não compreendem conceitos e fatores psicológicos. Valdirene Daufemback, em tese sua de doutorado sobre o uso de saberes psicológicos no direito penal⁵, concluiu, depois de examinar quase trezentas sentenças, que os magistrados sabem pouco sobre o réu e a vítima, por isso não costumam levar em consideração fatores psicológicos. *“O juiz precisa decidir consigo mesmo o que é mais justo, diante de muitas ausências, sem conhecer bem os interesses das partes.”* (DAUFEMBACK, 2014, p.107).

De acordo com Daufemback:

⁵Tese de doutorado apresentada em 16.07.2014, na Universidade de Brasília, cujo tema é “Relações entre a Psicologia e o Direito Penal: o uso dos saberes psicológicos no contexto da culpabilidade e da dosimetria da pena no Tribunal do Júri”.

[...] é possível afirmar que o processo penal é um aparelho que promove um esfacelamento dos sentidos e uma diminuição da complexidade da realidade social, ao mesmo tempo em que constrói uma nova biografia do real, por meio da sua linguagem e lógica, usando categorias que compõem um mundo a parte, o seu mundo, o mundo dos autos. (2014, p.108).

2.1.2.1 Fatores que influenciam na precisão da identificação

A precisão de um testemunho é um produto complexo de muitos fatores, tais como a visão e a concentração da testemunha, a quantidade de luz no ambiente, a duração do evento, a qualidade da vista, a presença ou não de arma de fogo ou violência e os procedimentos utilizados pela polícia para obter a identificação (LOFTUS; O'TOOLE; EASTERLY, 2004, p. 12).

Dentre os fatores que podem afetar a precisão da identificação realizada por testemunha, existem as chamadas variáveis de sistema e as variáveis estimáveis. Uma variável de sistema é aquela que está ou pode estar sob o controle do sistema de justiça criminal, enquanto que as variáveis estimáveis não o estão (GARDNER; ANDERSON, 2013, p. 325).

Incluem-se, na categoria de variáveis de sistema, por exemplo, as instruções dadas à testemunha antes da realização do procedimento de identificação e a estrutura do reconhecimento em roda. Já as variáveis estimáveis incluem, entre outros fatores, as condições de luminosidade do ambiente, o tempo em que a testemunha presenciou o evento, bem como o fato de testemunha e identificado serem ou não do mesmo grupo raça/cor (WELLS; OLSON, 2002, p. 279).

As variáveis estimáveis costumam ser divididas em quatro categorias: características da vítima, características do testemunho, características do evento e habilidades dos avaliadores do testemunho para distinguir entre identificações precisas ou não (WELLS; OLSON, 2002, p. 280).

A maioria das pesquisas sobre variáveis de sistema em identificação por testemunha, também, pode ser dividida em quatro categorias: instruções, conteúdo, método de apresentação e influência comportamental (WELLS; OLSON, 2002, p.281).

Conhecer a distinção entre as duas categorias de variáveis é fundamental para se prevenir reconhecimentos mal feitos. O desenvolvimento das variáveis estimáveis permite algum nível de retrodição⁶, que pode ser útil para que se conheçam as mudanças em

⁶ O autor utiliza o termo “postdiction”, que consistiria em uma técnica científica para especular sobre fatos passados, de forma a verificar se uma determinada teoria permitiria prever acontecimentos que tiveram lugar num passado mais recente.

identificações falhas. Já o estudo sobre as variáveis de sistema revela como reconhecimentos testemunhais errôneos podem ser evitados (WELLS; OLSON, 2002, p. 279, 280).

Enquanto as variáveis estimáveis podem aumentar a probabilidade de o sistema de justiça criminal distinguir identificações confiáveis de não confiáveis, as variáveis de sistema podem ajudar a prevenir a ocorrência de falhas dos procedimentos de identificação (WELLS; OLSON, 2002, p. 285).

Para o Processo Penal, interessam, preponderantemente, as variáveis de sistema, na medida em que a credibilidade do procedimento de identificação é totalmente influenciada pelos métodos utilizados para se obter o reconhecimento, métodos estes que são controlados pelo sistema de justiça criminal (WELLS; SEELAU, 1995, p. 766).

O que se observa, contudo, na prática jurídica, é que jurados e juízes participam de julgamentos, nos quais podem influenciar radicalmente na vida do acusado, sem um conhecimento significativo a respeito das limitações da memória humana e dos fatores que podem influenciá-la (LOFTUS; O'TOOLE; EASTERLY, 2004, p. 13).

2.1.3 Debates no âmbito legislativo

A preocupação em torno da falibilidade de procedimentos de cognição não se limitou à ceara da Psicologia. Muitos estudos legislativos foram realizados, na busca por conferir uma maior credibilidade à identificação testemunhal.

Em 1984, foi desenvolvida a chamada Entrevista Cognitiva⁷, com vistas a otimizar a coleta de informações por meio de procedimentos de reconhecimento pessoal. A partir de uma metodologia diferenciada, a supressão e a distorção da memória de vítimas e testemunhas em relação aos eventos criminosos poderiam ser evitadas (FISHER; GEISELMAN, 2010).

Em 1999, o Departamento de Justiça dos EUA editou um protocolo, para orientar a atuação dos agentes do sistema de justiça criminal na condução de identificação pessoal de suspeitos criminais, de modo a aumentar a precisão, a confiabilidade e a disponibilidade das informações coletadas dessa forma (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1999). Após algumas modificações no seu conteúdo, um novo protocolo foi publicado (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003). Ambos os manuais buscaram fazer frente aos problemas apontados acima, que se relacionam ao reconhecimento pessoal na justiça criminal, por meio de uma padronização dos procedimentos. A Entrevista Cognitiva é uma das bases dos procedimentos previstos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1999).

⁷ Tipo de entrevista amplamente propagado pela literatura científica estrangeira e utilizado em polícias de países da Europa e América do Norte.

Esses protocolos basearam suas diretrizes em estudos interdisciplinares. As pesquisas psicológicas, acima mencionadas, contribuíram bastante com o sistema de justiça criminal, através de um corpo valioso de conhecimento empírico na área de evidências testemunhais. Suas descobertas foram utilizadas não apenas nos procedimentos em si, como também para apontar o caminho para desenvolver aprimoramentos futuros (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1999).

Esses estudos científicos demonstram que a precisão de informações obtidas de uma testemunha depende, em parte, da forma como se questiona. Por isso, uma das propostas do manual é melhorar as técnicas de entrevista (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1999).

Inicialmente, o protocolo indica como a polícia deve proceder em um primeiro contato com a vítima ou a testemunha. De uma forma não sugestiva, deve-se buscar coletar o máximo de informação possível, incluindo a descrição do suposto autor. As perguntas devem ser feitas, primeiramente, de maneira aberta, com o fim de obter respostas mais abrangentes, como, por exemplo, “*O que você pode me dizer sobre o carro?*”. Só então, devem ser feitas perguntas fechadas, do tipo “*Qual a cor do carro?*”. Estas últimas tendem a limitar a quantidade de informação a ser passada pela vítima ou testemunha (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

Além disso, o guia recomenda que não sejam feitas perguntas sugestivas, pois elas podem distorcer a percepção da pessoa (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

Outra sugestão do protocolo é quanto à investigação preliminar. Deve-se preservar e registrar a cena do crime, como forma de se obterem informações precisas. Depois disso, deve-se tentar identificar o criminoso, solicitando às testemunhas que o descrevam, e classificar o tipo de crime ocorrido. Essas testemunhas, também, devem ser identificadas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

O guia menciona, ainda, a forma como se devem obter os depoimentos. Segundo ele, deve-se estabelecer uma conexão com a testemunha, de maneira que ela se sinta confortável durante o interrogatório. Isso contribui, também, para se conhecer sua condição física e mental (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

Ademais, recomenda-se que a testemunha evite o contato com a mídia, para expor o acontecimento, e, também, com outras testemunhas ou vítimas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

No momento da entrevista, devem-se conhecer todas as informações disponíveis sobre o evento e apenas começar o interrogatório quando a testemunha estiver em condições físicas e emocionais (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

Recomenda-se, ainda, que os policiais não disponibilizem, para o depoente, qualquer informação acerca do crime ou do seu autor e que aconselhem a testemunha a não adivinhar, mas falar apenas o que realmente se recorda (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

Por fim, deve-se analisar o depoimento, na tentativa de se perceber alguma inconsistência no seu conteúdo (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

Em relação ao reconhecimento por fotografia, o manual aconselha que o livro de imagens contenha apenas fotos do mesmo formato. Assim, não se poderia, por exemplo, ter em um mesmo livro fotografias em preto e branco e coloridas. As imagens devem ser padronizadas, para que uma não sobressaia em relação à outra (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

Além disso, separar os livros de fotos por grupos de raça/cor, idade e sexo pode contribuir para a credibilidade da identificação (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

Outra idéia importante trazida no protocolo é a de advertir a testemunha de que o suspeito pode ou não estar presente no procedimento de identificação (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003). Essa providência, também, ajuda a diminuir os riscos de falibilidade.

Vale ressaltar que são muitas as recomendações constantes no manual, tendo sido selecionadas as mais relevantes ao presente trabalho.

A ideia do guia, portanto, é reduzir ou eliminar práticas que podem prejudicar a confiabilidade e a precisão de testemunhos, de modo a aprimorar o procedimento de identificação. Segundo consta no documento, a aderência a esses procedimentos pode diminuir significativamente o número de identificações errôneas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

No Brasil, um estudo legislativo está sendo realizado pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Este projeto é coordenado pela psicóloga Lilian Stein e conta com o apoio de profissionais de variadas áreas. A pesquisa tem como fim desenvolver e disponibilizar novos instrumentos e técnicas de entrevista investigativa, que permitam auxiliar o entrevistado a acessar as informações sobre o evento contidas em sua memória, de maneira a melhorar a qualidade da prova testemunhal.

2.2 DIREITOS DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL NA SUPREMA CORTE

2.2.1 Fundamentos constitucionais

No Direito norte-americano, os direitos individuais em perseguições penais estão contemplados em diversas partes da Constituição daquele país e da sua Declaração dos Direitos dos Cidadãos (GARDNER; ANDERSON, 2013, p. 11). No presente trabalho, analisar-se-á a Sexta Emenda da Constituição norte-americana, uma vez que esta tem repercussão direta na discussão dos procedimentos de identificação por testemunha.

A Sexta Emenda garante ao acusado em processo criminal o direito à assistência de um advogado em sua defesa⁸.

O debate que aqui se estabelece é a respeito do momento a partir do qual essa assistência seria devida. Em outras palavras, discute-se, nos precedentes trazidos abaixo, se a assistência de um advogado seria obrigatória apenas a partir do momento em que há uma acusação formal ou se ela deveria ser garantida sempre que sua presença pudesse garantir ao réu um julgamento mais justo.

Além disso, uma vez que se conclua que o direito de defesa técnica do imputado no procedimento de identificação prévio ao julgamento tenha sido violado, questiona-se se o reconhecimento realizado no momento do julgamento deveria ser excluído dos autos, já que poderia ser considerado como uma evidência derivada de uma prova ilícita, conforme veremos.

2.2.2 Entendimento da Suprema Corte sobre procedimentos de identificação

A despeito dos problemas de confiabilidade do reconhecimento pessoal, sua influência decisiva nos julgamentos e sua larga utilização por parte da polícia parecem persistir.

Considerando o fato revelado por algumas das pesquisas supracitadas, de que a identificação errônea de suspeitos foi o motivo que mais levou a condenação de inocentes até hoje, pode-se dizer que a Suprema Corte norte-americana demorou a tratar do tema (ISRAEL et al, 2012). Apenas em 1967 o assunto foi por ela enfrentado.

Para uma análise prática da problemática de procedimentos de identificação em processo criminal, abaixo serão trazidos três casos emblemáticos, decididos pela Suprema

⁸“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; **to have the Assistance of Counsel for his defense.**” (grifo nosso) (GARDNER, ANDERSON, 2013, p. 12).

Corte norte-americana.

2.2.2.1 United States vs. Wade

Neste precedente, Wade fora acusado pelo assalto a uma agência de um banco federal localizado em Eustace, no Texas (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967).

Em 21 de setembro de 1964, um homem entrou armado no banco e ordenou que as duas pessoas que lá se encontravam, uma atendente e o vice-presidente, passassem para ele todo o dinheiro do banco. Em seguida, o assaltante fugiu, junto com seu cúmplice, que o aguardava do lado de fora, em um carro roubado. Segundo as vítimas, o assaltante estaria usando uma fita no rosto (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967).

Diante disso, em 23 de março de 1965, Wade foi acusado pelo crime de roubo, tendo sido preso em 2 de abril desse mesmo ano. Seu advogado foi nomeado em 26 de abril. Quinze dias depois, um agente do FBI, sem notificar o advogado de Wade, o submeteu a um procedimento de reconhecimento em roda, onde havia em torno de cinco prisioneiros, para que fosse identificado pela vítima. Na ocasião, todos os participantes da roda de reconhecimento utilizavam uma fita no rosto e repetiam as palavras que criminoso teria dito. Com isso, Wade foi identificado pelas vítimas (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967).

Na ocasião do julgamento, os dois funcionários do banco novamente apontaram para Wade, quando questionados se o criminoso estava presente no local (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967).

Assim, alegando que o procedimento de identificação violou os direitos resguardados pela Quinta Emenda, de não se autoincriminar, e pela Sexta Emenda, de ter a presença de seu advogado, Wade moveu uma moção, requerendo sua absolvição ou, de forma alternativa, o cancelamento do procedimento de identificação feito na Sala do Tribunal. No entanto, seu pedido foi negado e ele foi condenado (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967).

A questão que aqui se coloca é se identificações feitas na Sala do Tribunal devem ser excluídas como provas, porque o acusado foi mostrado à testemunha antes do julgamento, em um contexto de reconhecimento em roda, sem a notificação e a presença de seu advogado (ISRAEL et al, 2012).

O entendimento da Suprema Corte, em United States v. Wade, foi no sentido de que o acusado tem o direito fundamental a um advogado de defesa, não apenas na fase de julgamento (“*trial*”), mas em todo e qualquer confronto crítico na persecução penal (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967).

Especificamente em relação ao reconhecimento de pessoas, a presença do advogado seria especialmente importante, pois a defesa, geralmente, tem dificuldade de obter da testemunha informações sobre como o procedimento foi conduzido. Além disso, a Corte reconheceu, também, que nem a testemunha nem os participantes da roda de reconhecimento possuem capacidade de identificar condições prejudiciais ao suspeito, e, por isso, não estão aptas a detectar influências sugestivas (WELLS; SEELAU, 1995, p. 782)

Assim, a Corte decidiu que identificações realizadas no Tribunal, por testemunhas para quem o acusado já havia sido mostrado antes do julgamento, na ausência do um advogado de defesa, devem ser excluídas do processo, a menos que possa ser provado que essa identificação teve uma origem independente da primeira ou que o erro na sua admissão foi inofensivo (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967).

Em outras palavras, considerou-se que as identificações realizadas pelas vítimas na fase do julgamento somente deveriam ser excluídas do processo, em caso de não possuírem independência em relação ao primeiro procedimento de identificação, conduzido sem a presença do advogado de defesa, ou se o erro na admissão dessa evidência pudesse ser considerado prejudicial (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967).

Em relação ao argumento de que houve ofensa aos direitos consagrados pela Quinta Emenda à Constituição norte-americana, Brennan, relator do caso, afirmou que nem a fila de identificação nem o registro de sua voz violaram o direito de Wade a não se auto-incriminar. Segundo ele, o privilégio garantido pela Quinta Emenda protege o acusado apenas de não testemunhar contra si mesmo, conforme posição manifestada em Schmerber vs. California (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967).

Assim afirma Brennan:

É obrigação do acusado exibir suas características físicas, não revelar qualquer conhecimento que ele possa ter. Não há diferença de obrigar Schmerber a oferecer uma amostra de sangue ou Holt a usar a blusa, e, assim como naquelas instâncias, não se está sob a cobertura do privilégio. Similarmente, obrigar Wade a falar a uma distância audível da testemunha, ainda que para proferir palavras supostamente proferidas pelo ladrão, não foi obrigá-lo a proferir declarações de natureza “testemunhal”; foi requerido que ele usasse sua voz como uma característica física de identificação [388 U.S. 218, 223], não para falar que ele era culpado. (tradução livre)⁹ (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967)

⁹ “It is compulsion of the accused to exhibit his physical characteristics, not compulsion to disclose any knowledge he might have. It is no different from compelling Schmerber to provide a blood sample or Holt to wear the blouse, and, as in those instances, is not within the cover of the privilege. Similarly, compelling Wade to speak within hearing distance of the witnesses, even to utter words purportedly uttered by the robber, was not compulsion to utter statements of a “testimonial” nature; he was required to use his voice as an identifying [388 U.S. 218, 223] physical characteristic, not to speak his guilt.”

Em que pese o argumento de violação à Quinta Emenda não ter sido aceito, a Suprema Corte reconheceu que houve ofensa ao direito consagrado pela Sexta Emenda constitucional (*United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 1967).

O relator aduz que:

[...] pelo que se pode observar do caso *Powell vs. Alabama* e subsequentes, deve-se examinar qualquer confronto do acusado ocorrido antes do julgamento, para se possa determinar se a presença de seu advogado é necessária para preservar seu direito fundamental a um julgamento justo, considerando seu direito significativo de interrogar as testemunhas de acusação, e de ter assistência efetiva no próprio julgamento [...] (tradução livre) (*United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 1967).

A acusação caracteriza o reconhecimento em roda como um mero ato preparatório de coleta de evidências, que em nada se diferencia de vários outros atos preparatórios, como análises científicas ou esquematizadas das digitais do acusado, do tipo de sangue, roupa, cabelo etc. No entanto, a opinião da Corte é de que existem diferenças cruciais no grau de risco que a ausência do advogado do acusado no procedimento pode causar. Em procedimentos meramente tecnológicos e científicos, não há muito que o advogado possa fazer, porque as informações são suficientes. Em tais casos, a proibição da presença do advogado não viola a Sexta Emenda, pelo fato de que não são fases críticas, já que o perigo de que essa ausência provoque um julgamento injusto é mínimo (*United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 1967).

Entretanto, segundo Brennan:

“[...] o confronto forçado pelo Estado entre o acusado e a vítima ou testemunha de um crime, para gerar a prova do reconhecimento, é peculiarmente repleto de inúmeros riscos e fatores variáveis que podem seriamente, e até crucialmente, interferir em um julgamento justo.” (tradução livre) (*United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 1967).

Assim, é imperativa a presença do advogado no procedimento de reconhecimento do suspeito, “[...] *a fim de ajudar a revelar as tendências, mais tarde, na corte, diante dos jurados ou juízes.*”¹⁰ (tradução livre) (WELLS; SEELAU, 1995, p. 782).

Segundo o relator, o fator que mais leva a identificações erradas é o grau de influência manifestado na maneira como a acusação apresenta o suspeito à vítima ou testemunha no reconhecimento realizado antes da fase de julgamento (*United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 1967).

Um comentarista [388 U.S. 218, 229] observou que “a influência da sugestão imprópria na identificação de testemunha provalmente responde por mais injustiças que qualquer outro fator [...] talvez seja responsável por

¹⁰ “[...] *so as to help reveal the biases later in court in front of triers of fact.*”

mais erros desse tipo que todos os outros fatores combinados.”¹¹ (tradução livre) Wall, *Eye-Witness Identification in Criminal Cases* 26.

Brennan afirma que “*Os impedimentos a uma observação objetiva são infinitamente maiores quando a vítima é a testemunha.*” (tradução livre) (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967), como ocorreu neste precedente.

Um dado importante, no caso em comento, obtido por meio do depoimento das testemunhas, é que enquanto aguardavam que fosse formada a fila de identificação, as testemunhas puderam ver um dos suspeitos, que, por acaso, era Wade, aguardando num corredor sob custódia de dois agentes do FBI, enquanto que os outros cinco ou seis suspeitos só foram aparecer mais tarde no corredor (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967).

Assim, a Suprema Corte entendeu que a presença do advogado do imputado no momento da realização do procedimento de identificação é obrigatória, sob pena de afronta à Sexta Emenda. O motivo que a levou a tomar tal decisão é a crença de que a polícia contribui para identificações errôneas, por meio de sugestões improcedentes, que acabam por manipular a conduta da testemunha (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967). Daí a necessidade de defesa técnica, como forma de controle do procedimento e de garantir os direitos do acusado na persecução penal. “*O direito do acusado a um advogado de defesa no reconhecimento em roda foi uma garantia ou remédio para práticas de reconhecimento em roda injustas.*” (tradução livre)¹² (WELLS; SEELAU, 1995, p. 782).

Para o relator, esses riscos não são ocasionados por procedimentos elaborados intencionalmente para prejudicar o acusado, mas sim pelo perigo inerente às provas testemunhais e pelo alto teor de sugestividade que envolve os procedimentos de reconhecimento de pessoas, principalmente nas fases anteriores à fase de julgamento (“*trial*”) (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967).

Os magistrados Stewart, White e Harlan discordaram de alguns pontos do voto, principalmente com relação à exclusão da prova oriunda da identificação. Para eles, essa regra de exclusão de prova acaba retirando do processo evidências relevantes (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967).

A maioria dos magistrados, no entanto, opinou pelo provimento do recurso, para determinar um novo julgamento.

¹¹ “A commentator [388 U.S. 218, 229] has observed that “[t]he influence of improper suggestion upon identifying witnesses probably accounts for more miscarriages of justice than any other single factor perhaps it is responsible for more such errors than all other factors combined.”

¹² “The defendant’s right to counsel at the lineup was a safeguard or remedy for unfair lineup practices”.

2.2.2.2 Kirby vs. Illinois

No dia 22 de fevereiro de 1968, Kirby foi abordado por policiais, enquanto andava por uma rua de Chicago. Os policiais requisitaram seus documentos e perceberam que havia, em sua carteira, cheques de viagem e um cartão de seguro em nome de Willie Shard. Kirby explicou que os havia adquirido em um jogo de aposta (Kirby vs. Illinois, 406 U.S. 682, 1972).

Ocorre que, no dia anterior, um homem chamado Willie Shard contou à polícia que fora roubado em uma rua de Chicago. Sua carteira fora levada, contendo, entre outras coisas, cheques de viagem e um cartão de seguro de saúde (Kirby vs. Illinois, 406 U.S. 682, 1972).

Em face disso, Kirby foi levado à delegacia, onde foi colocado diante de Shard, para que este o reconhecesse. Quando questionado se Kirby seria a pessoa que teria lhe assaltado, Shard respondeu afirmativamente (Kirby vs. Illinois, 406 U.S. 682, 1972).

Vale destacar as condições em que o procedimento fora realizado. Na ocasião, sequer fora organizada uma roda de reconhecimento com outras pessoas, além de Kirby. Isso significa que o tipo de procedimento realizado foi um “*showup*”, aquele onde ninguém, além do próprio suspeito, participa do reconhecimento (WELLS; SEELAU, 1995, p. 782). Como já demonstrado no presente trabalho, essa espécie de procedimento é extremamente sugestiva, motivo pelo qual tem sido condenada pela Suprema Corte (GARDNER; ANDERSON, 2013, p. 331), devendo ser utilizada apenas em casos excepcionais. Além disso, nenhum advogado estivera presente no local e Kirby sequer fora avisado de que possuía este direito (Kirby vs. Illinois, 406 U.S. 682, 1972).

A defesa de Kirby moveu uma moção para suprimir a identificação feita por Shard na delegacia, o que foi negado. Na fase de julgamento, Shard novamente apontou Kirby como o autor do delito e Kirby foi condenado (Kirby vs. Illinois, 406 U.S. 682, 1972).

Ao analisar o caso, a Suprema Corte norte-americana, primeiramente, rejeitou a tese de violação ao direito de não produzir provas contra si mesmo e cita um trecho da decisão do caso Wade:

Nem o reconhecimento em roda em si ou qualquer outra coisa mostrada neste registro sobre o que Wade foi solicitado a fazer durante o reconhecimento em roda violou seu privilégio contra a autoincriminação. Nós, apenas recentemente, reafirmamos que o privilégio ‘protege um acusado apenas de ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, ou de outra forma a prover o Estado com evidência de natureza testemunhal ou

comunicativa [...]’ (tradução livre)¹³ Schmerber v. California, 384 U.S. 757, 761 (Kirby vs. Illinois, 406 U.S. 682, 1972).

Em relação à Sexta Emenda, que assegura ao réu a defesa técnica no âmbito do processo penal, os magistrados Stewart, relator do caso, Blackmun e Rehnquist entenderam que a garantia à presença de assistência de advogado de defesa só vale a partir do momento em que a perseguição criminal tenha tido início contra ele, como se depreende do trecho abaixo:

Em uma linha de casos constitucionais nesta Corte, que se origina da opinião em Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, foi firmemente estabelecido que o direito de uma pessoa a um advogado, decorrente da Sexta e Décima-quarta emendas, se dá a partir do momento em que o procedimento judicial tenha se iniciado contra ela. (tradução livre)¹⁴ See Powell v. Alabama, supra; Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 ; Hamilton v. Alabama, 368 U.S. 52 ; Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 ; White v. Maryland, 373 U.S. 59 ; Massiah v. United States, 377 U.S. 201 ; United States v. Wade, 388 U.S. 218 ; Gilbert v. California, 388 U.S. 263 ; Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 .(Kirby vs. Illinois, 406 U.S. 682, 1972)

Segundo tal posicionamento, no entanto, isso não quer dizer que o acusado, numa perseguição penal, tenha direito à presença de seu advogado apenas na fase de julgamento (Kirby vs. Illinois, 406 U.S. 682, 1972), mas sim quando a perseguição criminal contra o réu já tenha tido início. Como, na ocasião do reconhecimento, Kirby ainda não tinha uma acusação formal contra ele, a Corte entendeu que ele não fazia jus à presença de seu advogado.

Para o relator do caso, o início de procedimentos judiciais criminais está longe de ser um mero formalismo. Trata-se, em verdade, do ponto inicial de todo o sistema criminal de justiça. É aí que as posições do Estado e da defesa são solidificadas. *“Só então a defesa encontra-se cara-a-cara com as forças persecutórias de uma sociedade organizada, e imersa nas complexidades de um direito penal substancial e processual”* (tradução livre) (Kirby vs. Illinois, 406 U.S. 682, 1972).

A Suprema Corte manifestou-se no sentido de que o presente caso não trata de um estágio crítico da perseguição, ao contrário do que ocorre quando o reconhecimento em roda é realizado após já haver uma acusação, de modo que não seria obrigatória a presença do advogado de defesa no momento do procedimento de identificação (Kirby vs. Illinois, 406 U.S. 682, 1972).

¹³ “Neither the lineup itself nor anything shown by this record that Wade was required to do in the lineup violated his privilege against self-incrimination. We have only recently reaffirmed that the privilege ‘protects an accused only from being compelled to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature[...].”

¹⁴ “In a line of constitutional cases in this Court stemming back to the Court’s landmark opinion in Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 , it has been firmly established that a person’s Sixth and Fourteenth Amendment right to counsel attaches only at or after the time that adversary judicial proceedings have been initiated against him.”

Esse entendimento revelou que, para a maioria dos magistrados da Corte, o direito à assistência de advogado, consagrado na Sexta Emenda à Constituição norte-americana, não se estende a todos os procedimentos de reconhecimento em roda (WELLS; SEELAU, 1995, p. 782).

Em voto vencido, os magistrados Brennan¹⁵, Douglas e Marshall entenderam que o procedimento de identificação, feito por meio de um “*showup*”, não poderia ser aceito como evidência, pois não foi advertido ao suspeito que ele tinha direito à presença de um advogado de defesa (Kirby vs. Illinois, 406 U.S. 682, 1972).

De acordo com o voto vencido, somente uma regra de exclusão “per se”, como a utilizada nos casos Wade e Gilbert¹⁶, seria uma sanção eficaz para que as autoridades policiais passassem a respeitar o direito do réu à assistência de seu advogado (Kirby vs. Illinois, 406 U.S. 682, 1972).

2.2.2.3 Manson vs. Brathwaite

No dia 5 de maio de 1970, Glover, um policial negro, disfarçado, foi até um apartamento, onde se vendiam drogas, e comprou heroína de um traficante¹⁷ (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977).

Alguns minutos depois, Glover descreveu o traficante para D’Onofrio e Gaffey, também oficiais de polícia. Segundo ele, o traficante era um homem de cor, de cabelo preto, de estilo afro, com bochechas altas, e de porte pesado (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977).

Até esse momento, Glover desconhecia a identidade do traficante. O outro oficial de polícia, suspeitando, apenas pela descrição, que o homem descrito fosse um conhecido vendedor de drogas, pegou uma fotografia dele no “*Records Division of the Hartford Police Department*” e deixou-a no escritório de Glover, que a visualizou dois dias depois e identificou a pessoa da foto como sendo o traficante.

O suposto criminoso foi preso no dia 27 de julho (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977).

¹⁵ Relator do caso United States vs. Wade.

¹⁶ Gilbert v. California, 388 U.S. 263, 1967.

¹⁷ A droga foi adquirida de um vendedor pela porta entreaberta do apartamento, onde Glover aguardou de pé por cerca de dois ou três minutos. Primeiro, o vendedor foi até porta e conversou rapidamente com Glover, que solicitou a droga. Em seguida, o vendedor fechou a porta e foi até o interior do apartamento buscar a mercadoria. Quando retornou, entregou a droga e novamente fechou a porta. O local era iluminado por luz natural. (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977)

Em sua defesa, o acusado afirmou que no dia 5 de maio, quando Glover foi comprar a droga, ele não estava naquele endereço, pois estava doente, com espasmos musculares, problemas de coração, pressão sanguínea alta e nevralgia no rosto, o que foi confirmado por sua esposa. Um médico, professor na Universidade de Connecticut, testemunhou que fora procurado em abril pelo réu, que se queixou de problemas nas costas e na face. Foi quando o professor descobriu seu problema de pressão alta. Em 17 de agosto, o requerido sofreu uma cirurgia de hérnia de disco (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977).

O réu foi condenado por porte e tráfico de heroína e, no seu julgamento, passados oito meses da data do crime, a fotografia foi recebida como prova, tendo Glover afirmado, em depoimento, que não havia dúvida de que a pessoa da foto era o vendedor de heroína (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977).

Na Corte, o relator do caso foi o magistrado Blackmun. Seu voto foi seguido por Stewart, Powell, White, Rehnquist e Stevens (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977).

Diante da análise do caso, a Suprema Corte reconheceu que o procedimento foi realizado de forma sugestiva e desnecessária, já que apenas uma fotografia foi mostrada para a testemunha e porque não havia urgência para que o procedimento fosse realizado. Contudo, para a maioria dos magistrados, alguns fatores¹⁸ devem ser considerados na avaliação da confiabilidade de procedimentos de identificação, tais como: a oportunidade da testemunha de ver o criminoso no momento do crime; o grau de atenção da testemunha; a precisão de sua descrição prévia do criminoso; o nível de certeza demonstrado no confronto; e o tempo decorrido entre o crime e o confronto (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977).

Assim, tendo em vista a totalidade de circunstâncias desse caso, não existia grande probabilidade de erros de identificação irreparáveis (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977). Glover não era um observador casual, mas um oficial de polícia treinado. Dessa forma, teve oportunidade suficiente de ver o suspeito e o descreveu com precisão, identificando-o na fotografia apenas dois dias após a ocorrência do delito (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977).

A discussão que se coloca aqui é se uma identificação realizada antes do julgamento, de forma sugestiva e desnecessária, por um procedimento policial, deve ser excluída dos autos do processo, sem a análise de sua credibilidade, tendo em vista a garantia de devido processo legal, consagrada na Décima Quarta Emenda (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977).

¹⁸ Fatores aplicados, primeiramente, no caso Neil v. Biggers, 409 U.S. 188, 1972.

De acordo com o voto vencedor, o devido processo legal não obriga exclusão da prova de identificação, pois “[...]a regra ‘per se’ de exclusão [...] vai longe demais, uma vez que sua aplicação automática e peremptoriamente, sem considerar fatores atenuantes, mantém evidências confiáveis e relevantes longe dos jurados.” (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977). Desse modo, as chances de absolvição de um culpado aumentariam (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977).

Considerando a totalidade das circunstâncias, que inclui, entre outros, o fato de Glover ser um policial treinado e de ter realizado a identificação poucos dias após a compra da droga, concluiu-se que não houve risco de produção irreparável de reconhecimentos falhos (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977).

Os magistrados Marshall e Brennan divergiram deste posicionamento. Para eles, a regra “per se” de exclusão da prova, utilizada no caso Wade, deve ser adotada também aqui, pois, dessa forma, a polícia deixaria de fazer uso de procedimentos sugestivos (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977).

Ademais, de acordo com o voto vencido, os riscos de identificações falhas são altos demais para que procedimentos desnecessariamente sugestivos sejam admitidos (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977). Assim, a exclusão de provas testemunhais obtidas por meio de procedimentos de natureza sugestiva protege a integridade da busca pela verdade, como também desestimula o uso de métodos imprecisos e ineficazes pela polícia (Manson vs. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977).

2.2.3 As fases da persecução penal nos Estados Unidos

Aqui, vale destacar a forma como se dá a persecução penal nos Estados Unidos. Existem, no direito norte-americano, oito fases no processo criminal (CABRAL, 2009).

Primeiramente, ocorre a investigação, que, normalmente, se inicia por meio de uma notícia-crime e é conduzida pela polícia. O Ministério Público, também, pode participar das investigações, realizando, inclusive, oitiva de testemunhas já ouvidas na investigação policial (CABRAL, 2009). Ao final da fase de investigação, se ficar determinado que existem causas prováveis que comprovam a ocorrência do crime e que o suspeito contribuiu para tanto, emite-se uma acusação formal contra ele (GARDNER; ANDERSON, 2013, p. 68).

A segunda fase da persecução penal é conhecida como “*decision to charge*” ou decisão de acusar. Nessa fase, o Promotor vai apresentar as provas diante do “*Grand Jury*”, um grupo de cidadãos imparciais, que decidirá se existem evidências suficientes para a acusação (CABRAL, 2009).

Na terceira fase, denominada “*initial hearing*”, há uma audiência inicial diante de um juiz, que conhecerá as acusações formuladas (CABRAL, 2009).

A quarta fase seria o “*pre-trial*”, momento em que o Ministério Público irá estabelecer as estratégias a serem utilizadas no julgamento. Depois disso, inicia-se a fase “*plea agreement*” ou moções preliminares. Ela ocorre quando o Promotor tem um forte argumento para condenar o acusado, como, por exemplo, um reconhecimento de testemunha. Nesse caso, será proposto ao acusado um acordo, a fim de que ele se declare culpado. A idéia é evitar o julgamento. Caso o imputado aceite o acordo, o Promotor pode reduzir sua pena (CABRAL, 2009).

A sexta fase, conhecida como “*motion in limine*” ou moção em liminar, permite às partes requererem mais tempo ou um adiamento do julgamento para coletarem mais evidências (CABRAL, 2009).

A fase do “*trial*” ou julgamento vem em seguida e é caracterizada pela exposição das acusações formuladas, com a inquirição de testemunhas (CABRAL, 2009). Nesse contexto, existem dois procedimentos distintos. Primeiramente, há o “*direct examination*” ou exame direto, onde a parte que arrolou a testemunha irá inquiri-la, na tentativa de comprovar sua versão dos fatos. Em seguida, ocorre o “*cross examination*” ou confronto, onde a testemunha é inquirida pela parte contrária, em decorrência do direito ao confronto, consagrado pela Sexta Emenda da Constituição norte-americana (ROMANO NETO, 2009).

Depois disso, o júri irá deliberar sobre o caso e apresentará o veredicto, que será pronunciado pelo juiz (CABRAL, 2009).

Finalmente, a oitava fase da persecução criminal é a condenação do réu (CABRAL, 2009).

No contexto do procedimento de identificações de pessoas, essa breve análise das fases da persecução criminal é importante para se determinar o momento a partir do qual a assistência do advogado seria devida.

A Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos garante essa prerrogativa em “[...]qualquer persecução criminal[...]”¹⁹. Em Kirby vs. Illinois, a Suprema Corte afirmou que “[...]a persecução criminal começa com o início dos procedimentos criminais adversariais, ou com a acusação formal, o indiciamento, ou a audiência preliminar [...]” (tradução livre) (GARDNER; ANDERSON, 2013, p. 303).

¹⁹ “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to [...] have Assistance of Counsel for his defense*”. (GARDNER; ANDERSON, 2013, p. 12).

2.2.4 Polêmicas envolvendo os três casos

Percebe-se que, nos três casos, o debate central diz respeito ao direito assegurado pela Sexta Emenda Constitucional norte-americana, haja vista que em nenhum deles houve a participação do advogado de defesa no momento da realização da identificação.

Em *United States vs. Wade*, a Suprema Corte reconheceu que o procedimento de identificação fora realizado de forma incorreta, pois o suspeito já houvera sido acusado quando foi submetido ao reconhecimento, de modo que a assistência de seu advogado era imperativa.

Nesse precedente, o Tribunal levou em consideração a necessidade de se conhecer o que ocorreu na identificação em roda, o risco de sugestões não permitidas e o fato de que, uma vez que a testemunha reconheceu o acusado no procedimento de identificação prévio ao julgamento, muito provavelmente não se retratará perante o júri (*United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 1967).

No entanto, a Corte concluiu que a prova oriunda do procedimento de identificação feita na fase do julgamento ("*trial*") não precisa, necessariamente, ser excluída dos autos, já que pode ter origem independente do procedimento anteriormente realizado, sem assistência do advogado (*United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 1967).

Em *Kirby vs. Illinois*, apesar de a identificação ter sido feita de forma totalmente sugestiva – haja vista apenas Kirby ter sido apresentado à vítima para reconhecimento –, o Tribunal entendeu que não havia obrigatoriedade de defesa técnica, uma vez que o reconhecimento fora feito antes de o suspeito ter sido acusado formalmente e a garantia constante na Emenda diz respeito, segundo entendimento da Corte, apenas ao que ocorrer a partir do início da persecução penal (*Kirby vs. Illinois*, 406 U.S. 682, 1972).

Já em *Manson vs. Brathwaite*, a despeito de os juízes terem reconhecido que o procedimento, executado por meio de uma única fotografia, fora feito de forma sugestiva e desnecessária, eles decidiram que a prova não deveria ser excluída dos autos, sem que se levasse em conta a totalidade de circunstâncias presentes no caso. Ou seja, para eles, uma identificação realizada de forma "desnecessariamente sugestiva" não é suficiente para comprovar que houve uma violação do devido processo legal. O conjunto de circunstâncias pode permitir que se comprove que a identificação realizada fora da Sala do Tribunal apresenta alguma credibilidade (*Manson vs. Brathwaite*, 432 U.S. 98, 1977).

Percebem-se, diante dos casos narrados, duas formas diferentes de tratamento empregado às evidências derivadas de provas ilícitas. Em que pese a Suprema Corte entender que houve erro na condução dos procedimentos de identificação, tendo em vista a necessidade

da presença do advogado, ela se posiciona de maneira distinta em relação à exclusão da prova decorrente do reconhecimento realizado na ocasião do julgamento.

Em *United States vs. Wade*, o entendimento da Corte é no sentido de que identificações realizadas no Tribunal, por testemunhas para quem o acusado já houvera sido mostrado antes da fase de julgamento, na ausência de um advogado de defesa, devem ser excluídas do processo, a menos que possa ser provado que essa identificação teve uma origem independente da primeira ou que o erro na sua admissão foi inofensivo. Aqui, a regra de exclusão utilizada é a denominada “per se”.

Há autores que discordam da utilização dessa regra, pois entendem que: “[...] *deve-se analisar se a ausência do advogado no reconhecimento pessoal em questão trouxe prejuízos aos direitos do acusado, e em que medida o advogado teria capacidade para evitar esse prejuízo.*” (ISRAEL et al, 2012).

Ademais, para eles: “*a regra ‘per se’ vai longe demais com sua aplicação automática e imperiosa, excluindo da apreciação dos jurados provas confiáveis e relevantes*”. Assim, teme-se que muitos culpados possam ser absolvidos (ISRAEL et al, 2012).

A segunda forma de se pensar esse meio de prova leva em consideração a totalidade das circunstâncias que rodearam a realização do procedimento de identificação. Aqui, se permite a utilização de prova de confronto, ainda que sugestiva, se a identificação anterior à fase de julgamento apresentar elementos de confiabilidade. Ou seja, acredita-se que não se deve excluir a prova dos autos, apenas porque o reconhecimento foi executado na ausência do advogado de defesa ou porque foi feito de forma sugestiva.

Esse foi o tratamento dado à prova oriunda do procedimento de reconhecimento no caso *Manson vs. Brathwaite*, quando o suspeito foi identificado por um oficial de polícia por meio de uma única fotografia. Nessa ocasião, a Corte levou em consideração diversos fatores para avaliar a credibilidade da prova, tais como: a oportunidade que teve a testemunha de ver o delinquente no momento do delito, o grau de atenção da testemunha, a precisão de sua primeira descrição do delinquente, o nível de segurança demonstrado no confronto e o tempo transcorrido entre o delito e o reconhecimento pessoal (*Manson vs. Brathwaite*, 432 U.S. 98, 1977). Sua conclusão foi no sentido de que a prova não deveria ser excluída dos autos, apesar de toda a sugestividade que envolveu o procedimento, pois a análise da totalidade de circunstâncias revelava a sua credibilidade.

2.2.5 Aviso de Miranda

Os direitos do acusado diante da persecução penal sempre foram objeto de muitas discussões. Especialmente, por conta da hipossuficiência do réu no contexto de um processo criminal.

O caso *Miranda vs. Arizona* (1966) foi um dos precedentes julgados pela Suprema Corte que mais debateu a questão dos direitos fundamentais do acusado.

Ernesto Miranda foi preso em sua casa e levado a uma delegacia do Arizona, pois foi apontado por uma investigação policial como suspeito de um crime de sequestro seguido de estupro. Já na delegacia, foi reconhecido pela vítima como autor do crime (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

Ao final de um interrogatório que durou cerca de duas horas, Miranda assinou um termo de confissão. Neste termo, havia um parágrafo digitado, em que afirmava ter confessado de forma voluntária, com perfeito conhecimento acerca de seus direitos e compreensão de que tudo o que afirmasse poderia ser usado em seu desfavor (CARVALHO, 2013, p. 14).

Miranda foi condenado, apesar de o depoimento dos policiais demonstrarem que o réu não foi avisado de seus direitos durante o interrogatório, especialmente o de ter o seu advogado presente (CARVALHO, 2013, p. 15).

Da mesma forma que nos casos anteriormente analisados neste trabalho (*United States vs. Wade*, *Kirby vs. Illinois* e *Manson vs. Brathwaite*), a defesa de Miranda alegou ofensa ao direito à assistência de um advogado, consagrado na Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. O interrogatório deveria, então, ser anulado, pois não foi facultada à Miranda a presença de seu advogado (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

A Suprema Corte, no entanto, resolveu o caso por meio da Quinta Emenda constitucional²⁰, que garante ao acusado o direito de não se autoincriminar. Para o relator do caso, o magistrado Warren, em face de um depoimento colhido na ausência do advogado de defesa, o acusador adquire o ônus da prova de demonstrar que o réu renunciou seu direito ao silêncio. Dessa forma, como quem detém o acusado incommunicável para interrogá-lo é o Estado, é ele quem deve se encarregar do ônus. Portanto, nessa situação, a acusação deve

²⁰ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War ou public danger; nor shall any person be subjected for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; **nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself**, nor be deprived of life, liberty, or property, without due processo f law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation” (grifo nosso) (GARDNER; ANDERSON, 2013, p. 11-12).

comprovar que os direitos constitucionais do réu foram plenamente assegurados (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

Logo, o acusado deve ser informado sobre seu direito de permanecer em silêncio, sobre a possibilidade de ser utilizada contra ele qualquer declaração que faça e sobre o direito de ter a assistência de um advogado, sempre que estiver sob custódia do Estado para interrogatório (GARDNER; ANDERSON, 2013, p. 292). Nisto consiste o famoso “aviso de Miranda”, que, desde então, constitui requisito para a validade de provas colhidas em interrogatórios, quando o suspeito esteja sob custódia do Estado.

Neste precedente, a presença de um advogado durante o interrogatório foi considerada fundamental pela Corte, como forma de reduzir significativamente as irregularidades do procedimento (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

Essa análise histórica é importante para se entender o momento em que o direito à defesa técnica foi reconhecido pela Suprema Corte.

2.3 A IDEIA DE “PROCEDIMENTOS CRÍTICOS” E A NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DA PROVA

A questão é mais complexa do que pode parecer. Um reconhecimento malfeito, inevitavelmente, induz a testemunha a realizá-lo de maneira incorreta novamente, já que, de acordo com o próprio magistrado Brennan, uma vez que a testemunha identifica determinada pessoa em ocasião anterior ao julgamento, dificilmente ela se retratará perante o Tribunal (*United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 1967).

Portanto, o prejuízo produzido por meio de uma identificação falha não se recupera. Logo, deve-se ter em mente que se trata de uma prova única, isto é, de caráter irrepetível.

Dessa forma, a assistência do advogado de defesa é essencial para garantir racionalidade do procedimento de identificação, de modo a evitar o risco – considerável – de se realizar um reconhecimento sugestivo e desnecessário, garantindo ao suspeito um processo imparcial e justo.

Como se depreende do posicionamento da Corte em *United States vs. Wade*, a imprescindibilidade de defesa técnica no momento da identificação decorre do fato de ser este um procedimento crítico no processo criminal (*United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 1967).

Para a acusação, o reconhecimento em roda é um simples ato preparatório de reunião de evidências, que em nada se difere de outros atos preparatórios, como análises científicas das digitais do acusado ou de seu tipo de sangue, roupa, cabelo etc. (*United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 1967). Ocorre que, segundo a própria opinião da Suprema Corte em *United*

States vs. Wade, “[...] existem diferenças cruciais no grau de risco que a ausência do advogado de defesa pode causar no procedimento.” (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967). Isso porque as informações geradas por procedimentos meramente tecnológicos e científicos são suficientes, não havendo nada em que o advogado possa contribuir.

Acontece que, contrapondo-se a esta espécie de procedimentos – tecnológicos e científicos –, existem os procedimentos críticos, que são aqueles em que a ausência de assistência do advogado de defesa no momento de sua realização pode provocar um julgamento injusto e parcial.

Segundo o magistrado Brennan, quando da relatoria do caso United States vs. Wade, “o confronto forçado pela acusação entre o acusado e a vítima ou testemunha de um crime, para gerar a prova do reconhecimento, é peculiarmente repleto de inúmeros riscos e fatores variáveis que podem seriamente, e até crucialmente, interferir em um julgamento justo.” (tradução livre) (United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967).

Nesse sentido, importante lembrar que entre os fatores que contribuem para uma identificação falha existem aqueles que podem ser controlados e, consequentemente, evitados pelos operadores do direito, que seriam as variáveis de sistema. Como mencionado em item próprio, as variáveis de sistema revelam a forma como o procedimento de identificação é conduzido no âmbito policial e incluem, entre outros fatores, as instruções dadas à testemunha no momento da realização do reconhecimento e a estrutura do procedimento.

Dessa forma, conhecê-las revela-se fundamental para avaliar a credibilidade e a consistência de provas produzidas mediante procedimentos de identificação, além de possibilitar a construção de métodos e instrumentos a serem utilizados na condução do procedimento, de forma a contribuir para reduzir os riscos de um reconhecimento mal feito.

Diante de todo o exposto, fica claro que a prova oriunda de procedimentos de identificação em que a defesa técnica esteve ausente fere a prerrogativa assegurada pela Sexta Emenda da Constituição norte-americana. Sendo assim, tem-se que esta é uma prova ilícita.

Como a identificação realizada na Sala do Tribunal é oriunda do procedimento de reconhecimento executado antes da fase de julgamento (“trial”), ainda nas fases de investigação ou pré-processual, esta é uma evidência derivada de uma prova ilícita. Logo, deve também ser excluída dos autos do processo, pois, como dito acima, não há como se cogitar em independência entre um procedimento e outro, tendo em vista que, uma vez que a testemunha identificou um sujeito em momento anterior à fase de julgamento, dificilmente ela se retratará perante o Tribunal.

Vale destacar que, no Brasil, os procedimentos de identificação, a despeito de toda a problemática que os permeia, são conduzidos sem a presença do advogado de defesa, pois este direito não é reconhecido, como se verá no capítulo subsequente.

3 O RECONHECIMENTO DE PESSOAS SOB A ÓTICA DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

O instituto do reconhecimento de pessoas, desde o texto original do Código de Processo Penal, promulgado em 1941, está regulamentado nos seus artigos 226, 227 e 228. Em que pese toda a problemática que envolve o tema, por ser meio de prova que depende da complexa variável “memória”, até hoje, esses artigos jamais sofreram qualquer alteração.

A produção doutrinária brasileira, também, não avançou muito, ao longo das décadas, em relação ao reconhecimento de pessoas. Alguns autores, apesar de todo o estudo literário por parte da Psicologia e de todas as pesquisas que apontam para a pouca credibilidade de provas testemunhais, se limitam a explicar os incisos do artigo 226 do Código, sem discorrer sobre os prejuízos que um meio de prova como esse pode acabar por produzir no processo, caso não tenha o devido controle.

Outros autores, como Aury Lopes Júnior, conseguem enxergar a periculosidade que permeia as provas testemunhais e, mais especificamente, o reconhecimento de pessoas, e, por isso, vão mais a fundo no assunto, sugerindo, inclusive, propostas para aprimorar e racionalizar o procedimento. Algumas das propostas indicadas sequer requerem alterações legislativas, bastando uma mudança na condução do ato, como será explicado adiante.

3.1 A VISÃO DA DOUTRINA ACERCA DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1.1 Reconhecimento pessoal no CPP

A respeito da identificação de pessoas, Guilherme de Souza Nucci afirma que:

Trata-se de meio de prova. Através do processo de reconhecimento, que é formal, [...] a vítima ou a testemunha tem condições de identificar (tornar individualizado) uma pessoa ou uma coisa, sendo de valorosa importância para compor o conjunto probatório. (2014, p. 356).

No direito brasileiro, o reconhecimento de pessoas e coisas está disciplinado nos artigos 226 ao 228 do Código de Processo Penal, cujas redações estão dispostas abaixo:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a

verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no inciso III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas. (BRASIL, 1941)

Nota-se que a identificação de pessoas consiste em ato formal, que pode ocorrer tanto na fase pré-processual quanto na processual, onde não há espaço para a discricionariedade do juiz ou da autoridade policial. De acordo com Lopes Jr., *“Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que — em matéria processual penal — forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais.”* (2014, p. 494).

O primeiro passo, quando se almeja a obtenção deste meio de prova, é promover a descrição do suspeito pela pessoa que fará o reconhecimento. Esta etapa é fundamental para que o processo fragmentário da memória seja revelado. Em outras palavras, o juiz deve analisar se existe uma fixidez mínima da testemunha para realizar a identificação. Isso significa que se o reconhecedor afirmar, nesse primeiro momento, que o criminoso possuía cabelos claros, não poderá, posteriormente, reconhecer alguém com cabelos negros (NUCCI, 2014, p. 356).

Na opinião de Júlio Fabbrini Mirabete, o objetivo do legislador com tal exigência é evitar a precipitação da pessoa identificadora, para garantir as condições de certeza do reconhecimento (2000, p. 307). Para ele, o fato de a testemunha não ser capaz de descrever o reconhecendo não pode, por si só, impedir que ela realize o procedimento (1999, p. 308).

A segunda providência é colocar o suspeito ao lado de pessoas com quem possua semelhança física, requerendo, em seguida, que a testemunha o identifique (NUCCI, 2014, p. 356). Segundo Tourinho Filho,

Não se exige que as pessoas sejam idênticas. Mas, por outro lado, não se pode admitir um reconhecimento em que a pessoa que vai ser reconhecida seja posta ao lado de outras de cor, fisionomia, altura e peso bem diferentes, uma vez que dados tão distintos podem afetar a virtualidade da prova. (2012, p. 291).

A criação desse cenário é fundamental para que o nível de indução na identificação seja o menor possível (LOPES JR., 2014, p. 495).

Como o dispositivo fala que “a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança” (inciso II), é facultativa, e não obrigatória, a presença de outras pessoas ao lado do suspeito (MIRABETE, 1999, p. 308).

No entendimento de Aury Lopes Jr., apesar de o Código silenciar a esse respeito, para maior credibilidade do ato e redução da margem de erro, recomenda-se que o número de pessoas colocadas na roda de reconhecimento não seja inferior a cinco, isto é, quatro pessoas mais o imputado (2014, p. 495).

O inciso III do artigo 226 determina que, havendo fundamento plausível, a autoridade policial deve isolar o reconhecedor (NUCCI, 2014, p. 356). Contudo, depreende-se da leitura do parágrafo único deste mesmo artigo que esta providência cabe apenas na fase pré-processual, a fim de que não se viole o princípio da publicidade dos atos processuais, que deve permear os atos judiciais (MIRABETE, 1999, p. 308).

O entendimento de Nucci é no seguinte sentido:

Portanto, cremos que o referido art. 226, parágrafo único, do CPP, deve ser interpretado em sintonia com as demais normas existentes, no processo penal brasileiro, inclusive sob o espírito de proteção trazido pela Lei 9.807/99, permitindo até mesmo a troca de identidade de pessoa ameaçada, para que seu depoimento seja isento e idôneo. Defendemos que a leitura deste dispositivo deve ser no sentido da possibilidade do reconhecimento em juízo ser feito, com ou sem o isolamento do reconhecedor, conforme as condições locais, enquanto, na polícia, o isolamento é obrigatório.”. (2014, p. 357).

Nucci sustenta que a proteção ao reconhecedor na fase judicial é necessária, tendo em vista a realidade e os princípios processuais, entre eles o da “verdade real”. Para o autor, “Não há como se exigir de uma testemunha ou vítima ameaçada que fique frente a frente com o algoz, apontando-lhe o dedo a descoberto e procedendo ao reconhecimento como se fosse algo muito natural.” (2014, p. 357).

Sua posição, no entanto, vai de encontro ao entendimento de Eduardo Espínola Filho sobre o assunto, uma vez que este último acredita que não há motivo para ocultar a identidade do reconhecedor frente ao reconhecido, quando o reconhecimento efetivar-se perante o julgador, tanto na fase de instrução criminal, quanto na fase de plenário do julgamento, pois o ambiente em que o procedimento é feito e a presença do juiz são elementos que garantem segurança à testemunha (ESPÍNOLA FILHO, 1955, v.3, p. 142 apud NUCCI, 2014, p. 357).

De acordo com Capez, o fato de o inciso III não contemplar os procedimentos efetuados em juízo, fazendo com que a vítima ou a testemunha proceda ao reconhecimento frente a frente com o acusado, pode acabar por comprometer o alcance da “verdade real”.

Assim, segundo o autor, na prática forense, o inciso III do artigo 226 tem sido amplamente utilizado em audiência, principalmente em crimes de roubo, sem que se tenha determinado a nulidade (2012, p. 453).

Capez sustenta que, a despeito de, tecnicamente, ser uma prova ilegítima, por afrontar norma processual, não existe qualquer nulidade nesta prova, uma vez que ela atende aos princípios da verdade real, da proteção ao bem jurídico e da proporcionalidade (2012, p. 453). Para ele, este entendimento é reforçado pelo caput do artigo 217 do CPP, que assim dispõe:

Art 217 Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença de seu defensor. (BRASIL, 1941)

Por fim, deve-se proceder ao auto pormenorizado, registrando-se toda e qualquer reação do reconhecedor, para que se possa identificar qual o processo mental levou a testemunha a reconhecer ou não a pessoa procurada (NUCCI, 2014, p. 358).

Para Capez, as cautelas acima delineadas, exigidas pelo nosso Código de Processo Penal, possuem a finalidade de evitar o arbítrio, a má-fé, a indução e até mesmo o engano por parte daquele que vai efetuar o reconhecimento (2012, p. 452).

No entanto, este mesmo autor entende que o procedimento previsto no artigo 226 do CPP somente se aplica à fase extrajudicial, não sendo necessário que o juiz faça o auto pormenorizado subscrito por duas testemunhas, sendo suficiente que o ocorrido conste do termo em audiência. Ademais, ele acredita também não ser necessário que o juiz coloque o acusado ao lado de pessoas parecidas, pois, para Capez, as exigências do artigo 226 não são exigíveis na fase judicial (2012, p. 453).

Apesar de todas as condições impostas pelo CPP, segundo Mirabete, o reconhecimento pessoal assume eficácia jurídico-processual idêntica ao efetuado de acordo com as formalidades previstas no artigo 226, quando realizado em audiência (1999, p. 308). Quando o reconhecimento for produzido em juízo, as exigências previstas em lei não são essenciais. Se a vítima ou a testemunha, na ocasião da audiência, apontar o réu, de forma segura, essa prova tem o mesmo valor de um reconhecimento realizado conforme as exigências legais (MIRABETE, 1999, p. 309).

Acrescenta Mirabete que:

Não sendo obedecidas as formalidades legais, o reconhecimento, mesmo assim, não perde todo o seu valor, valendo como elemento de convicção do julgador, de acordo com os princípios aceitos em nossa legislação sobre o

livre convencimento. Por isso, já se tem decidido que a inobservância dos procedimentos fixados na lei só pode ser causa de ineficácia do reconhecimento pessoal quando este não for confirmado por outras provas. (1999, p. 309).

Capez identifica, na prática processual, seis espécies de reconhecimento. O primeiro deles seria o imediato, quando não há necessidade de exame ou análise por parte do reconhecedor. Em contraposição a esta espécie, está o reconhecimento mediato, quando o reconhecedor necessita de um “esforço evocativo” para chegar ao resultado final (2012, p. 451).

O terceiro tipo de reconhecimento seria o analítico, que seria aquele em que existe clareza na separação entre as duas fases. Depois da recordação, o reconhecedor examina detalhes para chegar ao resultado por meio de partes. Em seguida, vem o reconhecimento mediante recordação mental, em que há somente uma impressão de recordação (“acho que conheço”), e o resultado final será obtido apenas dias depois (CAPEZ, 2012, p. 451).

Por fim, ele cita o reconhecimento direto e o indireto, em que o primeiro seria aquele realizado visual e auditivamente, e o último seria o executado por meio de fotografia, filme, vídeo ou gravação sonora (CAPEZ, 2012, p. 452).

Na prática forense, embora a forma de produção desta espécie de prova esteja estritamente definida no Código, os reconhecimentos “informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado, são muito comuns (LOPES JR., 2014, p. 494).

Não é raro que juízes questionem a testemunha ou a vítima se elas reconhecem o réu ali presente como sendo o autor do delito, o que, segundo Lopes Jr., seria uma simplificação arbitrária, refletindo uma prática ilegal e absurda. Para ele,

Trata-se de um exemplo típico de violação de todas as regras processuais atinentes ao reconhecimento de pessoas, mas bastante comum e aceito, até porque, quem tem a iniciativa probatória é quem a admite, produção e valoração são feitos pela mesma pessoa (o juiz!) (2014, p. 494).

Essa conduta, portanto, viola o sistema acusatório, consagrado pela Constituição Federal de 1988, pois conforme tal modelo, a gestão das provas deve ficar nas mãos das partes e não do juiz. Ademais, quebra-se, assim, a igualdade de tratamento e de oportunidades, fulminando a imparcialidade, característica fundamental para um julgamento justo. Soma-se a isso o fato de tal praxe consistir em flagrante nulidade, já que o ato é praticado em desconformidade com o modelo legal previsto (LOPES JR., 2014, p. 495).

Diante disso, conclui-se que o reconhecimento de pessoas realizado em desobediência ao determinado pelo artigo 226 constitui prova ilícita, devendo ser banida da prática forense e dos autos do processo (LOPES JR., 2014, p. 495).

Longe de serem inúteis formalidades, esses cuidados, refletidos nas providências do artigo 226 do CPP, constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, espelhando diretamente a qualidade da tutela jurisdicional, bem como a própria confiabilidade do sistema judiciário de um país (LOPES JR., 2014, p. 495).

Em relação à problemática envolta no procedimento de reconhecimento, Aury Lopes Jr. vai ainda mais longe em seu posicionamento. Para ele, um requisito para que se possa proceder ao reconhecimento é a concordância do imputado. Isto é, se a pessoa a ser reconhecida não concordar em se submeter ao procedimento, ele não poderá ser realizado. Do contrário, estar-se-ia negando eficácia ao direito de silêncio e de não produzir prova contra si mesmo (LOPES JR., 2014, p. 496).

3.1.2 Reconhecimento fotográfico

Questiona-se, na doutrina e também na jurisprudência, o valor legal de procedimentos de reconhecimento realizado por fotografia.

Para Mirabete, o reconhecimento fotográfico constitui espécie de prova inominada²¹ não prevista de forma expressa na lei processual, e que, a despeito disso, pode e deve ser utilizada, mas respeitando, na medida do possível, as formalidades contidas no artigo 226 do CPP. Entretanto, possui caráter subsidiário, devendo ser usada apenas quando não for possível proceder ao reconhecimento pessoal (1999, p. 309).

Apesar disso, Mirabete reconhece tratar-se de uma prova com valor relativo e caráter precário, não podendo, portanto, fundamentar uma condenação. No entanto, se for corroborada por outras provas diretas e circunstanciais, pode legitimar o convencimento do juiz para condenar o réu (1999, p. 309).

Nesse mesmo sentido, o entendimento de Capez, o qual explica que o rol de provas contido no CPP é meramente exemplificativo (2000, p. 453).

Para Eugênio Pacelli de Oliveira, jamais poderá ser conferido o mesmo valor probatório de um reconhecimento pessoal a um reconhecimento por fotografia, pois as dificuldades de correspondência entre uma foto e uma pessoa são notórias. Assim, esse procedimento deve ser utilizado apenas em caráter excepcional, quando servir de elemento de confirmação para outras provas (2011, p. 438).

De acordo com Nucci, em que pese ser muito utilizado como prova, o reconhecimento fotográfico deve ser analisado com muito critério e cautela, visto que a

²¹ Provas inominadas são aquelas não contempladas no CPP.

identificação feita por intermédio de fotografia dá margem a muitos erros e equívocos. Para que se torne um meio de prova mais confiável, o autor defende a importância de se obedecer aos incisos I, II e IV do artigo 226, quando de sua realização. Porém, ele lembra que, ainda que assim se proceda, essa prova jamais terá valor absoluto (2014, p. 356).

Lopes Jr. leciona que o fato de provas inominadas serem permitidas não significa que possamos burlar o sistema legal. Dessa forma, não pode ser permitida uma prova rotulada de inominada quando, em verdade, tal prova deriva de uma variação ilícita de um outro ato pré-estabelecido em lei, cujas garantias não se observaram (2014, p. 495).

Segundo Lopes Jr., quando o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal, fazendo uso de seu direito ao silêncio, é inadmissível que se recorra a um reconhecimento fotográfico (2014, p. 495).

O autor entende que o reconhecimento fotográfico apenas pode ser utilizado como um ato preparatório para o reconhecimento pessoal, conforme o inciso I do artigo 226. Ou seja, o reconhecimento por fotografia nunca pode ser realizado em substituição à identificação pessoal, ou como uma prova inominada, como sugerem alguns autores (2014, p. 495).

O reconhecimento por fotografia, de acordo com Lopes Jr., pode decorrer de duas situações. Na primeira delas, quando é possível o reconhecimento direto, porque o imputado está presente e concorda em se submeter a ele. Aqui, ele é realizado como um ato preparatório para o reconhecimento pessoal, em substituição à descrição, prevista no inciso I do artigo 226. Note-se que, nesse caso, o reconhecimento fotográfico apenas pode ser feito se o réu concordar em se submeter à identificação; caso contrário, estar-se-ia violando a garantia constitucional (2014, p. 496).

A outra situação é aquela em que o imputado está ausente e, portanto, não é possível que se realize um reconhecimento pessoal. Como aqui, o reconhecimento fotográfico não seria um ato preparatório, ele seria inadmissível. Vale salientar que o fato de o réu estar ausente não exclui seu direito fundamental ao silêncio. Assim, não estando o réu presente, não haveria consentimento para executar o reconhecimento (LOPES JR., 2014, p. 496).

Conclui o autor que: *“Em suma, no que tange ao reconhecimento por fotografias, somente poderá ser admitido como instrumento-meio, substituindo a descrição prevista no art. 226, I, do CPP. Nunca como ato probatório autônomo.”* (2014, p. 496).

Para Lopes Jr., ainda que utilizado como mero ato preparatório, o reconhecimento por fotografia é censurável e deve ser evitado, dada a contaminação que pode gerar, poluindo e deturpando a memória (2014).

Ainda de acordo com ele:

Não há dúvida de que o reconhecimento por fotografia (ou mesmo quando a mídia noticia os famosos “retratos falados” do suspeito) contamina e compromete a memória, de modo que essa ocorrência passada acaba por comprometer o futuro (o reconhecimento pessoal), havendo uma indução em erro. Existe a formação de uma imagem mental da fotografia, que culmina por comprometer o futuro reconhecimento pessoal. Trata-se de uma experiência visual comprometedora. (LOPES JR, 2014).

3.2 PROPOSTAS PARA APRIMORAR/RACIONALIZAR O PROCEDIMENTO

Como visto ao longo do trabalho, o reconhecimento do imputado, por ser espécie de prova testemunhal, depende da complexa variável “memória” e, por isso, sua valoração probatória não pode desconsiderar os diversos fatores que a distorcem, e muitas vezes são responsáveis por produzir as falsas memórias (LOPES JR., 2014, p. 498).

Especialmente quando a tese é negativa de autoria, o reconhecimento pessoal pode ser decisivo em um processo criminal, daí a crescente preocupação mundial acerca da forma como deve ser executado e das diversas cautelas que se deve ter para não deturpar essa prova (LOPES JR, 2014).

No Brasil, a situação é ainda mais preocupante, pois a grande maioria dos procedimentos de identificação é feita sem a presença do advogado de defesa, sem a oportunidade de recusa por parte do réu, no interior de delegacias, e sem nenhuma espécie de controle. Para além de todas essas questões, há ainda a rotineira prática judicial de questionar a vítima ou testemunha, em audiência, se ela reconhece o réu ali sentado como sendo seu agressor (LOPES JR., 2014, p. 498).

Assim, tendo em vista a grande utilização de provas testemunhais e toda a sua fragilidade, já demonstrada no presente trabalho, surge a necessidade de controle desse meio probatório, para que sejam produzidas provas de maior credibilidade e menores riscos. Isso porque, de acordo com Lopes Jr.:

A cautela para não haver induções e tampouco a poluição/defraudação da memória é crucial para que se possa dar credibilidade ao reconhecimento pessoal, sob pena de continuarmos a cometer graves erros judiciais, infelizmente tão comuns na nossa realidade judiciária. (2014).

O problema brasileiro, quando o assunto é reconhecimento de pessoas, começa na parca disciplina legal, especialmente em relação à quantidade de participantes, que não é citada no Código (LOPES JR., 2014).

Contudo, além de se obedecer fielmente aos parâmetros delineados no Código de Processo Penal para os procedimentos de identificação de pessoas – o que, na prática, conforme reconhecido por diversos autores, dificilmente ocorre –, é importante uma visão prospectiva, visando a futuras reformas processuais (LOPES JR., 2014, p. 498).

Primeiramente, Lopes Jr. explica que existem duas formas de reconhecimento de pessoas, a simultânea e a sequencial. O nosso Código de Processo Penal adotou o modelo simultâneo, onde as pessoas são colocadas todas juntas, uma ao lado da outra, para que seja feito o reconhecimento. Ou seja, os membros da roda de reconhecimento são mostrados à testemunha ao mesmo tempo. Segundo Lopes Jr., esse sistema é o mais sugestivo e perigoso (2014, p. 499).

Já no sistema sequencial, as pessoas a serem reconhecidas são mostradas ao reconhecedor uma de cada vez. Para cada um dos suspeitos, é perguntado à testemunha ou à vítima, antes de ver o próximo suspeito, se esse foi o autor do fato ou não. Essa dinâmica conduz a uma tomada de decisão por parte do reconhecedor, pois ele não sabe quantas pessoas participam do reconhecimento. Com isso, potencializa-se a qualidade do ato, pois se diminui o nível de indução. Assim, a psicologia jurídica tem apontado esta espécie de reconhecimento como sendo a mais segura e confiável (LOPES JR., 2014, p. 499).

Segundo Lopes Jr., enquanto no procedimento feito de forma simultânea a testemunha ou a vítima, no processo de tomada de decisão, faz um julgamento relativo, no reconhecimento sequencial o julgamento é absoluto. Ou seja, se no modelo simultâneo o reconhecedor toma sua decisão julgando qual o membro que mais se assemelha ao culpado, no sequencial esta decisão é tomada comparando cada membro do reconhecimento, um a um, com a sua própria memória do culpado (LOPES JR., 2014, p. 499).

Lopes Jr. acrescenta que é importante que o procedimento seja realizado com o suspeito presente e sem o suspeito presente, isto é, com pessoas que sabidamente não sejam autoras do delito. Essa simples providência demonstra como o sistema brasileiro é viciado, *“pois tanto vítimas como testemunhas sabem que somente se procede ao reconhecimento quando existe um suspeito.”*. Essa pré-compreensão encerra graves índices de erro ao atuar de forma indutiva (LOPES JR., 2014, p. 499).

De acordo com Anna Virgínia Williams,

[...]uma recente meta-análise com 25 estudos comparando reconhecimentos sequenciais e simultâneos indicou que o reconhecimento sequencial diminui a probabilidade de erro em quase metade nos estudos com o suspeito alvo ausente[...] (2003 apud LOPES JR., 2014, p. 500).

Sendo assim, faz-se necessária a inserção de uma providência simples à rotina de reconhecimentos pessoais, tanto na fase judicial quanto na extrajudicial, que é a de advertir a vítima ou a testemunha que o suspeito pode ou não estar presente. Isso reduz consideravelmente a margem de erro de um reconhecimento feito a partir de uma pré-compreensão de que o suspeito está presente (LOPES JR., 2014, p. 499).

Outra providência que também poderia evitar prejuízos à produção desse tipo de prova testemunhal, e que não demandaria alterações legislativas, seria a implantação de um teste de confiabilidade da testemunha ou da vítima. Nele, seria feito, primeiramente, um reconhecimento somente com a presença de suspeitos distratores²², sem que seja dito à testemunha ou à vítima que será apresentado mais de um grupo de suspeitos. Nesse contexto, se a pessoa reconhecedora realizar alguma identificação, ela deverá ser descartada. Em contrapartida, se a testemunha ou a vítima não identificarem ninguém nesse primeiro reconhecimento, então o procedimento pode ter continuidade, apresentando a ela o segundo grupo de reconhecimento com o suspeito alvo. Nessa linha, pessoas que não identificam ninguém no primeiro reconhecimento são mais confiáveis (WILLIAMS, 2003 apud LOPES JR., 2014, p. 500).

Essa simples prática não exigiria nenhuma alteração legislativa ou custo elevado para ser incorporada ao nosso processo penal (LOPES JR., 2014, p. 500).

Além disso, o principal problema em torno do reconhecimento de pessoas reside na ausência de preparo específico da polícia judiciária para maximizar a preservação da originalidade da memória da testemunha, pois a maneira de atuar de quem conduz o procedimento de identificação é fundamental para que sejam estabelecidas condições em que o reconhecedor sofra o menor nível de indução ou contaminação possível (LOPES JR., 2014, p. 500).

Nesse contexto, importante destacar que, além da criação explícita de falsas memórias, existe também a indução involuntária, por meio de comportamento verbal ou não verbal. Dessa forma, sugere-se que, na fase policial, o investigador do caso não esteja presente no reconhecimento. Ou seja, aquele que conduz o reconhecimento não pode participar da investigação (LOPES JR., 2014, p. 500).

Remetendo ao estudado no capítulo anterior, poder-se-ia pensar, como uma possível solução para grande parte dos problemas que envolvem o reconhecimento de pessoas, a obrigatoriedade da presença do advogado do imputado no momento da realização do procedimento, como uma forma de controlar e fiscalizar sua execução. Nesse ponto, deve-se reconhecer que o direito norte-americano está à frente do nosso, visto que, pelo menos a partir do momento em que há uma acusação formal em desfavor do imputado, se houver procedimento de identificação, o advogado de defesa deve estar presente, conforme se observou no precedente *United States v. Wade*.

²² Segundo Aury Lopes Júnior, reconhecimento feito apenas com suspeitos distratores é aquele em que o real suspeito não está presente.

A ideia, no intuito de se racionalizar e tornar mais eficaz o reconhecimento de pessoas, seria, então, buscar:

[...]instrumentos de ‘redução de danos’, como as técnicas de entrevista cognitiva; a preocupação (e consciência) por parte dos agentes policiais (e também judiciais) de não fazer ‘induzimentos’; um melhor treinamento dos policiais que tomam as primeiras declarações de vítimas e testemunhas presenciais; uma análise mais ampla do contexto do caso penal, para identificar fatores que possam gerar a defraudação; enfim, uma série de cautelas que permitam reduzir o dano de termos um falso depoimento, uma falsa confissão e também um falso reconhecimento. (LOPES JR., 2014).

Finalmente, deve-se despertar para a necessidade de se admitir, no campo das perícias, exames como o de DNA, dactiloscópicos e outros ainda pouco conhecidos no Brasil, como a palatoscopia²³, a queilosscopia²⁴, que possam auxiliar no processo de identificação de pessoas por meio de suas modernas tecnologias e conhecimento científico. Há que se considerar que, na época em que nosso CPP foi promulgado, não havia os meios técnicos e científicos que estão à nossa disposição nos dias de hoje, daí a lacuna da lei (LOPES JR., 2014).

Vale destacar, por fim, que essas formas de identificação do imputado, obtidas por meio de conhecimento técnico e científico, por possuírem maior credibilidade e menor probabilidade de falhas, devem ser priorizadas em relação a provas testemunhais, quando a circunstância assim o permitir.

3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TEMA

Por meio de uma análise à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de justiça, constata-se que, de fato, as formalidades previstas no artigo 226 do CPP não costumam ser observadas na realização do reconhecimento de pessoas, conforme a própria doutrina reconhece.

Em relação ao reconhecimento de pessoas, a maior parte dos acórdãos dos tribunais superiores nacionais apenas afasta a análise do mérito²⁵, pois alega circunstâncias, como a supressão de instância, a necessidade de revolvimento probatório, a ausência de prequestionamento etc., a exemplo da decisão cuja ementa se transcreve abaixo:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ROUBO QUALIFICADO (QUATRO VEZES) E QUADRILHA. NULIDADE DO

²³Estudo das rugosidades palatinais.

²⁴Estudo das impressões dos lábios, marcas da mordida e características histológicas do dente.

²⁵(STJ - HC 233.530/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 23/05/2012; STF - ARE 848616/RS, Rel. Ministra CÂRMEN LÚCIA, julgado em 05/11/2014, DJe-220 DIVULG 07/11/2014 PUBLIC 10/11/2014)

RECONHECIMENTO DO PACIENTE, REALIZADO NA FASE INQUISITORIAL. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. COMPLEXIDADE DO FEITO. DIVERSIDADE DE DEFENSORES E RÉUS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE DO PACIENTEEVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI DO DELITO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A nulidade no reconhecimento, realizada na fase de inquérito, por inobservância do disposto nos arts. 226 a 228 do Código de Processo Penal, não foi apreciada pelo Tribunal a quo quando do julgamento da impetração originária, logo, sob pena de incorrer em vedada supressão instância, não pode o Superior Tribunal de Justiça apreciar originariamente a questão.

[...]

5. Habeas corpus denegado.

(HC 233.530/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 23/05/2012) (grifo nosso)

Para além dessas hipóteses de jurisprudência defensiva, o entendimento do STJ, em relação às formalidades previstas no CPP, é no sentido de que elas devem ser interpretadas considerando o princípio do livre convencimento motivado do juiz. Ou seja, para o Superior Tribunal de Justiça, caso o juiz se baseie em outras provas para sustentar a condenação do imputado, a nulidade é afastada, ainda que o reconhecimento tenha sido executado em desrespeito às exigências previstas no CPP. É o que se denota da análise de diversos acórdãos provenientes do Tribunal²⁶, como o referente ao *habeas corpus* 244.240/SP, de relatoria da Ministra Laurita Vaz.

Nele, almejou-se a reforma da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferida em apelação criminal. Em primeira instância, o paciente fora condenado pelo crime do artigo 157, parágrafo 2º, incisos II e III do Código Penal, pelo assalto a uma pizzeria. Sua pena fora estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão em regime fechado e 13 dias-multa. Sobreveio apelação criminal, e o Tribunal de Justiça manteve a sentença, razão pela qual se impetrou o *habeas corpus* (HC 244.240, 2013).

O impetrante sustentou que a condenação fora baseada unicamente no reconhecimento realizado por uma das vítimas, o que, segundo ele, não seria suficiente para a condenação. Alegou também que não foram observadas as exigências do artigo 226 do CPP, acarretando a nulidade do reconhecimento (HC 244.240, 2013).

Em sede de liminar, requereu que fosse permitido ao paciente aguardar pelo julgamento do *habeas corpus* em liberdade, o que foi indeferido. No mérito, requereu-se a

²⁶(HC 244.240/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 13/08/2013; HC 133.696/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 02/02/2012; HC 184.214/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 01/06/2011)

anulação do reconhecimento, com a consequente cassação da sentença e do acórdão impugnados, e a absolvição do réu por falta de provas (HC 244.240, 2013).

A Ministra entendeu que a condenação não se baseou apenas no reconhecimento, como também nos depoimentos dos policiais que realizaram a prisão em flagrante (HC 244.240, 2013).

Importante salientar a forma como se deu esse flagrante. Após o assalto, as vítimas relataram para a polícia que os criminosos estavam de bicicleta e que eram em torno de seis. Em face disso, uma viatura, trafegando a mais ou menos um quilômetro do local, avistou alguns homens andando de bicicleta, vestindo roupas que correspondiam às descrições. Os suspeitos não reagiram à abordagem e negaram o crime. Além disso, estavam desarmados e não fora encontrado com eles nenhum objeto ou dinheiro (HC 244.240, 2013). Ou seja, o flagrante, no caso, não foi direto.

Vale destacar trecho da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, quando da análise do recurso de apelação:

Ademais, o que vale é a certeza do reconhecimento por parte da vítima que, sem sombra de dúvidas, aponta a pessoa como sendo o autor do crime em questão, em ambas as fases da persecução penal. O conteúdo do reconhecimento se sobrepõe à sua forma. (fls. 198/199).

Essa afirmação do magistrado comprova o que a doutrina diz, isto é, que as formalidades do artigo 226 do CPP não costumam ser respeitadas e que, apesar disso, não há decretação de nulidade por parte dos operadores do direito.

Por fim, aduz a Ministra que a expressão “se possível”, contida no inciso II do artigo 226, significa que a aplicabilidade dessa norma depende das possibilidades fáticas, porque em muitos casos é bastante difícil, ou até mesmo impossível, encontrar pessoas com traços parecidos com os do suspeito (HC 244.240, 2013).

Há posicionamento do Supremo Tribunal Federal²⁷ afastando, inclusive, o argumento de que o descumprimento das formalidades do artigo 226 seria hipótese de prova ilícita, como se depreende do Agravo em Recurso Extraordinário, de relatoria da Ministra Rosa Weber.

Nele, o recorrente alegou, entre outras coisas, a invalidade do reconhecimento informal em juízo, pois a diligência de reconhecimento poderia ser realizada na fase judicial, respeitando as formalidades do artigo 226 do CPP (ARE 680976/SP, 2012).

Em que pese o agravo ter sido indeferido sem análise do mérito por ausência de prequestionamento e porque versava sobre inconstitucionalidade reflexa, a Ministra Rosa

²⁷ (STF - ARE: 680976 SP , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 08/10/2012, Data de Publicação: DJe-201 DIVULG 11/10/2012 PUBLIC 15/10/2012)

Weber fez algumas considerações sobre os argumentos do recorrente. Afirmou ela ter havido diligência de reconhecimento, na fase de inquérito, na forma do artigo 226 do CPP. No entanto, em juízo, o que houve foi apenas o relato das testemunhas de que reconheciam os réus ali presentes, o que não seria, segundo a Ministra, uma diligência de reconhecimento. Por isso, não se aplicariam as determinações do artigo 226 (ARE 680976/SP, 2012).

Vale mencionar também o acórdão proferido pelo STJ, que negou provimento ao Recurso Ordinário em habeas corpus 39.702/SP, cuja ementa segue abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO EM JUÍZO. ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECOMENDAÇÃO LEGAL. PROVIDÊNCIAS SUGERIDAS PELO JUÍZO DE ORIGEM. NÃO OBSERVÂNCIA. REALIZAÇÃO DO ATO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O entendimento do Tribunal a quo vai ao encontro da orientação firmada por esta Corte, no sentido de que “as disposições insculpidas no art. 226 do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, não se tratando, pois, de nulidade” (HC n.º 134.776/RJ, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 7/3/2013).

2. À luz de tal entendimento, o não cumprimento das providências sugeridas pelo Juízo de origem não impediria a realização do reconhecimento do acusado em juízo pelas vítimas ou testemunhas, razão pela qual não há que se falar em prejuízo e, portanto, em nulidade. (RHC 39.702/SP, 2013)

Em suma, a impetrante alega ter havido nulidade processual por inobservância ao artigo 226 do CPP, pois fora atribuído à defesa o ônus de providenciar roupas para o paciente e pessoas semelhantes a ele para produção da diligência de reconhecimento pessoal.

O STJ, corroborando o posicionamento do tribunal de origem, consignou que, como essa exigência não é imposta pela lei, não há que se cogitar de nulidade da prova se a defesa não de desincumbiu do ônus a ela atribuído. Acrescentou o STJ que o descumprimento de providências determinadas pelo juízo de origem não impediria a efetivação do reconhecimento do réu em juízo. Assim, não houve prejuízo e, consequentemente, nulidade.

Diante disso, o STJ negou provimento ao recurso, motivo pelo qual a defesa impetrou *habeas corpus*²⁸ perante o STF, cuja relatora foi a Ministra Rosa Weber.

Reforçando o entendimento do STJ, a relatora afirmou que não se deve privilegiar a forma pela forma. Como não se trata de nulidade absoluta, não há como decretar a nulidade sem prejuízo, conforme dispõe o artigo 563 do CPP. Portanto, segundo a Ministra Rosa Weber, o ato deve ser preservado (HC 121270/SP, 2014).

²⁸ STF - HC: 121270 SP , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 07/03/2014, Data de Publicação: DJe-050 DIVULG 13/03/2014 PUBLIC 14/03/2014.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar a necessidade de controle sobre os procedimentos de identificação de pessoas realizados no âmbito de uma persecução criminal, tendo em vista o perigo que permeia a produção desta espécie de prova, já que ela depende de algo muito frágil e impreciso, que é a memória humana.

Como se denota dos estudos psicológicos analisados, nossa memória possui um alto grau de falibilidade, pois a reconstrução de um fato ocorrido no passado é, sempre, influenciada por aspectos subjetivos de quem o presenciou. Por isso, deve-se ter muito cuidado na obtenção de provas testemunhais.

Como se pode observar ao longo do trabalho, a credibilidade do reconhecimento depende de diversos fatores, sendo que alguns deles – as variáveis de sistema – podem (e devem) ser controlados pelo sistema de justiça criminal, pois estão ligados à própria maneira de condução do procedimento pelos policiais.

Algumas medidas simples, como colocar o suspeito com outras pessoas semelhantes a ele na roda de reconhecimento ou advertir a testemunha de que o suspeito pode nem estar presente, são imprescindíveis para se obter uma identificação minimamente confiável. Além disso, utilizar o reconhecimento sequencial e não simultâneo pode contribuir para a racionalização do procedimento, de modo a evitar reconhecimentos malfeitos.

Fica claro, portanto, que o respeito à forma é essencial diante de procedimentos de identificação, como única maneira de assegurar ao acusado seus direitos fundamentais. Para tanto, a presença do advogado de defesa no momento da realização da identificação é indispensável, para garantir o cumprimento das formalidades, tendo em vista a posição de hipossuficiência do réu perante o processo criminal.

A análise de alguns precedentes da Suprema Corte norte-americana revelou que o direito do acusado de ser acompanhado por seu advogado na ocasião do reconhecimento já é reconhecido nos Estados Unidos, desde 1967, quando foi julgado o caso *United States vs. Wade*. No entanto, em *Kirby vs. Illinois*, a Corte entendeu que este direito só existe, caso a persecução criminal já tenha tido início contra ele.

Em *Manson vs. Brathwaite*, porém, em que se pese a Suprema Corte ter admitido que a prova do reconhecimento foi obtida por meio de um procedimento sugestivo e desnecessário, ela considerou que deve ser observada a totalidade de circunstâncias que permeou o caso, para que se possa atestar a credibilidade da prova.

No Brasil, nota-se que há um atraso considerável no âmbito de identificação de pessoas, pois sequer se confere ao acusado o direito à presença de seu advogado no momento do procedimento. Pior que isso, como se denota da análise doutrinária, as regras que disciplinam o procedimento sequer são observadas, pois são consideradas meras recomendações.

A análise de alguns julgados dos tribunais superiores nacionais permitiu que se concluísse que o controle jurisdicional de provas testemunhais provenientes de identificação de pessoas ainda é muito incipiente. Em que pese os procedimentos serem realizados de maneira totalmente informal e discricionária, sem respeitar minimamente as regras estabelecidas no Código de Processo Penal, as evidências por eles produzidas continuam sendo aceitas para fundamentar sentenças condenatórias.

Sem o devido controle, os procedimentos de identificação continuam sendo realizados de forma arbitrária e, conseqüentemente, os direitos do réu diante da persecução penal permanecem sendo violados.

Por fim, vale citar a brilhante reflexão de Luigi Ferrajoli:

Não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou o interesse da maioria. Nenhuma maioria, ainda que esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão, único que seja. E nenhum consenso político – do parlamento, da imprensa, dos partidos ou da opinião pública – pode suprir a prova ausente em uma hipótese acusatória. Em um sistema penal garantista o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não acrescenta nada à legitimidade da jurisdição, uma vez que nem a vontade ou o interesse geral e tampouco nenhum outro princípio de autoridade podem tornar verdade aquilo que é falso ou vice-versa. (FERRAJOLI, 2002, p. 437).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

CABRAL, Bruno Fontenele. *Direito comparado: os órgãos de segurança pública e a persecução criminal no Brasil e nos Estados Unidos*. Teresina, ano 14, n. 2150. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12905>>. Acesso em: 29 nov 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Gabriela Ponte. *O aviso de Miranda e prova ilícita por derivação*. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

COUCH, James; SIGLER, Jennifer. *Eyewitness Testimony and the Jury Verdict*. North American Journal of Psychology. V 4, nº 1. p 143. 2002.

CUTLER, Brian L.; PENROD, Steven D.. *Mistaken Identification: the Eyewitness, Psychology, and the Law*. Universidade de Cambridge, Cambridge. 1995. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/159775NCJRS.pdf>>. Acesso em: 9 out 2014.

DAUFEMBACK, Valdirene. *Relações entre a Psicologia e o Direito Penal: o uso dos saberes psicológicos no contexto da culpabilidade e da dosimetria da pena no Tribunal do Júri*. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2014

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. *Eyewitness Evidence: A Guide for Law Enforcement*. 1999. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178240.pdf>>. Acesso em: 27 out 2014.

_____. _____. *Eyewitness Evidence: A Trainer's Manual for Law Enforcement*. 2003. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/nij/eyewitness/188678.pdf>>. Acesso em: 27 out 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISHER, Ronald; GEISELMAN, Edward. *The Cognitive Interview method of conducting police interviews: Eliciting extensive information and promoting Therapeutic Jurisprudence*. *International Journal of Law and Psychiatry* V 33. P. 321-328. 2010. Disponível em: <http://www.law.arizona.edu/depts/upr-intj/pdf/Fisher_2010_International-Journal-of-Law-and-Psychiatry.pdf>. Acesso em: 24 out 2014.

GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. *Criminal Evidence: Principles and Cases*. 8^a ed. Belmonte, Califórnia: Wadsworth Cengage Learning, 2013.

GOMES, Abel, Fernandes; CHAZAN, Eduardo Leite; VIDEIRA, Renata Gil de Alcântara; ANTUNES, Rita de Cássia Alves; REGO, Roberta da Silva Dumas. *Persecução Penal e Devido Processo Legal no Brasil e na Common Law Tradition: Análise histórica e comparativa à luz da aplicação de princípios democráticos*. R. SJRJ, Rio de Janeiro, n. 22, p. 17-33, 2008. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/88/91>. Acesso em: 29 nov 2014.

ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LAFAVE, Wayne F.; KING, Nancy J.. *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*. Tradução Andrea Planchadell Gargallo et al. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682, 1972. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=406&invol=682>>. Acesso em: 7 out 2014.

LEACH, Amy-May; CUTLER, Brian L.; WALLENDÆL, Lori Van. *Lineups and Eyewitness Identification*. Annual Review of Law and Social Science, Volume 5, 2009. Disponível em: <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6114-2.pdf>>. Acesso em: 8 out 2014.

LOFTUS, Elizabeth F.; O'TOOLE, Timothy P.; EASTERLY, Catherine F.. *Jurors Understanding of Eyewitness Testimony: A Survey of 1000 Potential Jurors in the District of Columbia*. 2004. Disponível em: <<http://static.squarespace.com/static/5046753fe4b032e1c6aa75b9/t/5184538de4b0580e00082f49/1367626637162/PDS+Poll+-+Juror+Knowledge+of+Eyewitness+Factors+-+article+by+Dr.+Elizabeth+Loftus+and+Tim+O%27Toole.pdf>>. Acesso em: 20 out 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98, 1977. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=432&invol=98>>. Acesso em: 29 set 2014.

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966. Disponível em: > <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=384&invol=436>>. Acesso em: 25 nov 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo do Conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas. 1999.

MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: Uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROMANO NETO, Odilon. *Influência americana na reforma do Código de Processo Penal*. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume IV. 2009. Disponível em:

<<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/influencia-americana-na-reforma-do-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 29 nov 2014.

STEIN, Lilian M.. *Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=Zge17ZVgvLkC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 15 nov 2014.

STEIN, Lilian M.; FEIX, Leandro da Fonte; ROHENKOHL, Gustavo. *Avanços Metodológicos no Estudo das Falsas Memórias: Construção e Normatização do Procedimento de Palavras Associadas*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v19n2/a02v19n2>>. Acesso em: 15 nov 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Volume 1. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

United States v. Wade, 388 U.S. 218, 1967. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=388&invol=218>>. Acesso em: 03 out 2014.

WELLS, Gary L.; OLSON, Elizabeth A.. *Eyewitness Testimony*. Psychology Department, Iowa State University, Ames, Iowa. 2002. Disponível em: <http://www.innocenceproject.org/docs/Eyewitness_Testimony_Ann_Rev.pdf>. Acesso em: 16 out 2014.

WELLS, Gary L.; SEELAU, Eric P.. *Eyewitness Identification: Psychological Research and Legal Policy on Lineups*. Psychology Department, Iowa State University, Ames, Iowa. 1995. Disponível em: <<http://blog.lib.umn.edu/jbs/soc3101/EyewitnessIdentificationWellsSeelou.pdf>> Acesso em: 18 out 2014.